

الحِيل في القانون المدني

دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي



الحِيل في القانون المدني

دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي

الدكتور

محمد بن عبد الرحمن الدويش

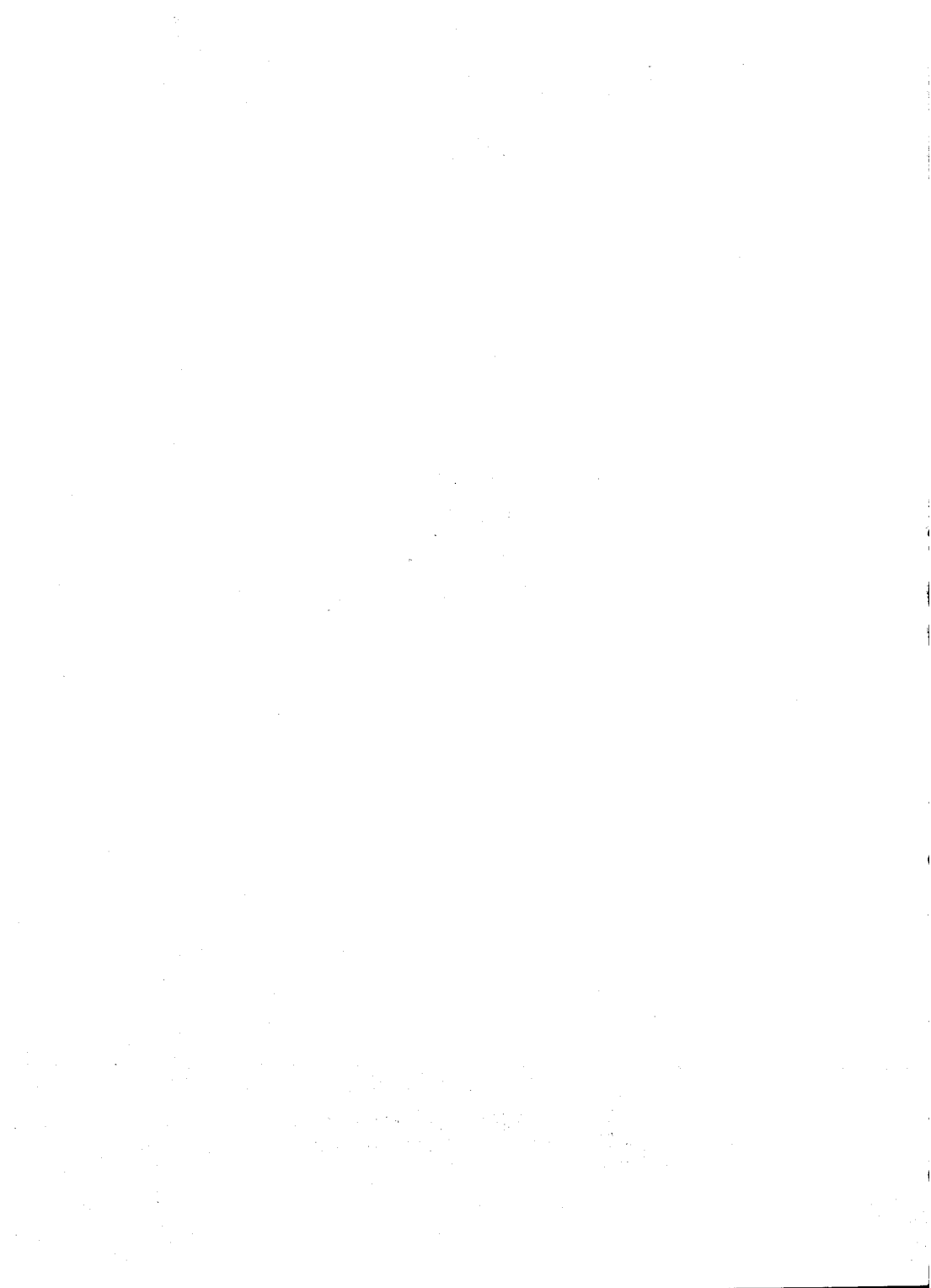
مدرس القانون المدني
بكلية الشريعة والقانون بدمهور



دار الجامعة الجديدة للنشر

٣٨ شارع سويفر، الإسكندرية

الاسكندرية ٩٩-٨٢٨٠٤



مقدمة

موضوع البحث وأهميته

الحمد لله رب العالمين، قيوم السموات والأرضين، مدبر الخلائق أجمعين، سبحانه وتعالى أنزل القرآن، خلق الانسان وميزه على كثير من خلقه بنعمة العقل والبيان، فكان في أحسن تقويم، ليهتدى بالعقل إلى الطريق المستقيم.

وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، يهب الحكمة من يشاء فيصيب بها من يشاء، ويصرفها عن من يشاء، وهو - سبحانه وتعالى - أعلم حيث يجعل رسالته.

وأشهد أن سيدنا محمدا عبده ورسوله، وحبيبه وخليله، أفضل المخلوقين، المكرّم بالقرآن المعجزة المستحرة على تعاقب السنين، وبالسنن المستنيرة للمسترشدين، المخصوص بجوامع الكلم وسماحة الدين، صلوات الله وسلامه عليه وعلى آله واصحابه وأتباعه الذين أخلصوا ولم يحتالوا على شرع الله، فسمعوا وطابت لهم الحياة، «أولئك الذين هداهم الله وأولئك هم أولوا الألباب»^(١).

«وبعد»

فقد خلق الله الإنسان، واستخلفه في الأرض، وجعله خلقاً بين خلقين، حيث منحه العقل وركب فيه الشهوة، وأمره بعبادته وحده، وأنشأ له الحياة، وخلق له الموت والحياة «ليبلوكم أيكم أحسن عملاً»^(٢)، ثم هو بعد ذلك بالخيار بين أن يغلب عقله على شهوته فيصل إلى درجة الملائكة، الذين «لا يعصون الله ما أمرهم ويفعلون ما يؤمرون»^(٣)، أو أن تغلب شهوته عقله، فيكون في مصاف عديمي التكليف، وهم الحيوانات، إذ التكليف مناط بالعقل والتفكير، ومدار الحكم في هذا كله هو ما يقدمه من أعمال في الدنيا.

ومن رحمة الله تعالى بعباده، ولطفه بهم: أنه لم يتركهم وحدهم في هذه الحياة، يتخبطون في دروبها، تسيطر عليهم الشهوات، وتضل بهم الأهواء

(١) سورة الزمر (آية ١٨)

(٢) سورة الملك (آية ٢٢)

(٣) سورة التحريم (آية ٦)

والمنازعات، وانما أرسل اليهم الرسل، مبشرين ومنذرين، ليرشدوهم إلى طريق الخير، ويحذروهم من طريق الشر، ويخرجوهم من الظلمات إلى النور، «لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل»^(١).

غير أنه مهما ارتقى الانسان، فلن يستطيع أن ينظم حياته بالطريقة التي تحقق له السعادة والاستقرار، لقصور فكرة، وثبوت عجزه، وعدم احاطته بما فيه مصلحته ومن ثم تكفل وحى السماء برعاية الانسان، وتنظيم حياته، حتى لا يضل أو يشقى، ولهذا يعترف الانسان بعجزه، وبقدرة خالقه، وهذا يدل على أنه لا وسيلة إلى التقرب إلى الله أفضل من الاعتراف بالعجز والانكسار، وبذا ورد القول المأثور «من عرف نفسه فقد عرف ربه»، والمعنى من عرف نفسه بالضعف والقصور، عرف ربه بأنه القادر على كل مقدور، ومن عرف نفسه بالجهل عرف ربه بالفضل والعدل، ومن عرف نفسه باختلال الحال، عرف ربه بالكمال والجلال^(٢).

ولهذا فإن الانسان اذا ما ما استعمل عقله فيما أوحى إليه به، وبلغه عن ربه، وسار على منهج خالقه، حظى بالسعادة في الدنيا والآخرة، واذا ما استعمله في غير ذلك، كان الشقاء حظه، والوعد والثبور نصيبه.

هذا وقد اختار طائفة من الناس استعمال العقل في غير ما أعد له، وكل همهم أن يظهروا أمام الآخرين بمظهر الطائعين المخلصين، ثم هم في الخفاء يقصدون المخالفة كل المخالفة، حيث يأتون من الأعمال ما يوحي ظاهرها بالمشروعية، ويقصدون بها عدم المشروعية في الحقيقة، وهؤلاء هم المحتالون، الذين يظهرون أمر ويخفون آخر، وهم أشد الناس خطورة على أحكام الدين، وما ينظم حياة الناس من قوانين، اذ الغالب الأعم أنهم يحاولون الفرار من الأحكام ونصوص القانون، بحيلة أرتأوها وعملوا جاهدين من أجل اسباغ المشروعية عليها، حتى وصلوا إلى غرضهم، وحققوا أهدافهم، وأن كانت الحيلة في حد ذاتها وسيلة

(١) سورة النساء (آية ١٦٥).

(٢) انظر في هذا المعنى: التفسير الكبير للامام فخر الدين الرازى، ج ١، وهو يصدد الكلام عن الاستعاذة، د. نجاشى على ابراهيم، الحيل في الفقه الاسلامى، رسالة دكتوراه، ١٩٧٣، جامعة الأزهر.

للوصول إلى المحمود وغيره، غاية الأمر أن الغالب عليها استعمالها لمخالفة النصوص، والتهرب من الأحكام، ولذا قال البعض بشأنها «بأنها ما يتوصل بها إلى حالة ما في خفيه، وأكثر استعمالها فيما في تعاطيه خبث، وقد تستعمل فيما فيه حكمة»^(١).

ومهما يكن من أمر، فإن فقهاء المسلمين تناولوا الحيلة - نظراً لخطورتها - بالتفصيل، وتحدثوا عنها، وتتبعوها في معظم أبواب الفقه، حيث أبطلوا المحرم منها وعملوا على محاربه بكل طريق، وأبقوا على ما رأوه حلالاً، وإن اختلفت وجهة نظرهم في أساس حله.

وتكمن المشكلة الحقيقية في الحيل، باعتبارها تصرفاً ظاهراً شرعياً، يهدف إلى غرض خفي، لا يطلع عليه أحد إلا بنوع تدبير وتأمل - غالباً ما يكون غير شرعي - ولهذا فأنها تتخذ مظهراً ومخبراً مختلفين، حيث يحاول المحتال أن يسلك الطريق الذي لا غبار عليه في نظر الآخرين، وأمام النصوص القائمة، لأهداف يغيها، وأغراض يغي الوصول إليها.

ولهذا فإن أساس المشكلة في موضوع الحيلة يتمثل في تعارض اللفظ مع القصد، في الوقت الذي أصبح من المسلم به أن الإرادة هي قوام التصرف الشرعي أو القانوني، بل هي ركنه الأساسي وبدونها لا تنشأ هذه التصرفات ولا تنعقد^(٢).

وكان لهذا التعارض أثره في الفقه الإسلامي، حيث اختلف الفقهاء، بين من يأخذ بالعبارة الظاهرة ويعمل عليها في بناء الأحكام لاستقرار المعاملات ولصعوبة إثبات الأمر الباطن، وهذا هو الغالب من مذهب الحنفية والشافعية، في حين ذهب الآخرون إلى ضرورة التعويل على الإرادة الحقيقية باعتبارها الإرادة التي يجب أن تبني عليها الأحكام. وهذا هو الغالب في الفقه المالكي والحنبلي،

(١) المفردات في غريب القرآن، لابن القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الاصفهاني، كتاب الحاء، مادة «حول».

(٢) د. عبد القادر محمد قحطان، السكوت المبرر عن الإرادة، وأثره في التصرفات، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس ١٩٩١م.

وليس هذا أصلاً ثابتاً في هذه المذاهب، بل أن الفروع الفقهية تدل على أن كلا من الاتجاهين السابقين اختط طريقاً ومنهجاً غير الطريق الذي رسمه لمذهبه، وعلى سبيل المثال: يقبل الامام الشافعي اقرار المريض لوارث، ويقول في شأنه: أقبل اقراره احساناً للظن بالمقر، وحمللاً لاقراره على السلامة ولاسيما عند الخاتمة^(١).

غير أنه لا يقبل إقراره إذا ما أرتأى له أن هذا الإقرار صدر من المريض مرض الموت، بقصد الإضرار ببعض الورثة، فإذا ظهر المقصود وكان متناقضاً، كان التصرف الظاهر باطلاً حتى عند التمسكين به، ولا يخفى على ذى لب أن الإعتداد بالوضع الحقيقي يكون في الوقت نفسه إعتداداً بالوضع الظاهر المعبر عنه، إذا ما اتفق معه، فإذا ما اختلف الإثنان، كانت الأفضلية لدى المالكية والحنابلة بالوضع الحقيقي، وضرورة البحث عنه، ولذلك كانوا أشد الناس معارضة للحيل والمحتالين، لما فيها من مخالفة واضحة، تكمن في تعارض الإرادة الباطنة.

غير أن الفقه القانوني لا تعنيه هذه المشكلة كثيراً، لأنها مشكلة قديمة، حدث بشأنها إختلاف فقهي قديم، وتنازعها نظريتان مشهورتان في الفقه القانوني، تسمى أحدهما، بالنظرية الألمانية، وتعتد أساساً بالوضع الظاهر، وتسمى الأخرى بالنظرية الفرنسية. وتذهب إلى الأخذ بالإرادة الباطنة^(٢).

بيد أن الناظر بدقة في القانون المصري يجده يأخذ بمزيج من النظريتين معاً، فهو يعتد بالوضع الظاهر بالنسبة للغير، كما في فرض الصورية، في حين يعتد بالوضع الحقيقي فيما بين أطراف الصورية، ولذلك كانت العبرة بالنسبة للصورية - وهي أحد فروض تعارض الإرادة الظاهرة مع الإرادة الباطنة - بالعقد الحقيقي، المبرم بين أطرافه، وعلى الغير المتضرر منه أن يتمسك بالوضع الظاهر إستقراراً للمعاملات، ومع أن هذا الأصل في القانون المصري، إلا أنه في الوقت

(١) أعلام الموقعين من كلام رب العالمين لابن قيم الجوزية، ج ٣، ص ٣٣٤.

(٢) راجع هاتين النظريتين تفصيلاً: د. رأفت حماد، الصورية في القانون المدني المصري بين النظرية والتطبيق، ص ١٢ وما بعدها، د. عبد القادر قحطان، المرجع السابق، ص ٥٩٨ وما بعدها.

ذاته، جعل الأفضلية لمن يتمسك بالوضع الظاهر، إذا ما تعدد الأغيار في الصورية فتمسك بعضهم بالظاهر، و تمسك الآخرون بالمستتر، وفي هذا من التردد ما فيه، مما يجعل من الصورى، كيفية تناول القانون المصرى لأحكامها، مشكلة تحتاج إلى إعادة نظر.

ثم يؤكد القانون المصرى - مرة أخرى - التردد والتخبط بالنسبة لهذه المشكلة ويبدو ذلك واضحاً بالنسبة لإبطاله بيع الوفاء، وتشجيعه للأفراد على عقد الهبة تحت ستار عقد آخر. ففي الوقت الذى بدأ فيه للمشرع المصرى أن البيع الوفايى يستر رهناً، قام على الفور بإبطاله وتقرير النصوص التى تلغيه فى ظل القانون المدنى الجديد، بعد أن كان معمولاً به - بنصوص خاصة - فى القانون المدنى الملغى، ثم هو بعد ذلك يتيح للأفراد التهرب من الشكلىة التى يتطلبها القانون لعقد الهبة بالنسبة للعقار، وذلك عندما نص على أنه «تكون الهبة بورقة رسمية، وإلا وقعت باطلة، ما لم تتم تحت ستار عقد آخر» (م ١/٤٨٨) ومعنى هذا أنها لو أبرمت فى صورة عقد آخر غير الهبة، كالبيع مثلاً، لصح أن تكون بورقة غير رسمية، وهذا يمثل قمة التناقض فى النصوص القانونية القائمة، فأين العمل على إبطال بيع الوفاء - لكونه يستر رهناً - من العمل على عقد الهبة فى صورة أخرى غيرها ؟ !!

يضاف إلى ذلك أن القانون المدنى المصرى تناول الحيلة فى صورونها الظاهرة، التى قال بها فقهاء المسلمين، عندما تحدث عن عيوب الرضا، حيث اعتبر التدليس عيباً من عيوب الرضا وتكلم فقهاء القانون عن الحيلة بإعتبارها جوهر التدليس، غير أن المشكلة فى هذه الحالة تتمثل فى ماهية الأعمال التى تكون حيلة، وجهة صدورها، إذ يختلف الأمر بالنسبة لصدورها من المتعاقد أو غير المتعاقد، وإن كانت النتيجة واحدة فى الحالتين، إذ يجوز للمدلس عليه أن يطلب بطلان العقد للتدليس الواقع عليه - سواء من المتعاقد معه أو الغير - فضلاً عن التعويض إن كان له مقتضى، كما تحدث فقهاء القانون - كما فعل فقهاء المسلمين - عن التدليس الذى يحفظ للمرء حقه، بعد أن كان مجهوداً أو قريب الجحود، ولذا كان الفصل بين الحيل التدليسية المشروعة وغير المشروعة من

مقومات هذا المؤلف، وهو أمر دقيق يحتاج إلى بحث كل من الوسيلة المستخدمة، والغاية المرجوة.

هذا وقد تناول الفقه القانوني أيضاً الحيلة، وقصد بها الوسيلة التي ترقى بالقانون إلى مصاف التطبيق العملي المتجدد والمتغير، وكان تناول الفقه القانوني لها بصدد الحديث عن صياغة القاعدة القانونية، وهي الحيلة التي ذكرها الفقهاء بأنها حيلة قانونية أو افتراض فكلاهما بمعنى واحد، وتتمثل المشكلة في هذا النوع من الحيل في أصله، ومن أول من قال به ؟ ومدى الحاجة إليه في عالمنا المعاصر، خاصة بعد التقدم الفكري والقانوني ؟

وأخيراً فإنه يمكن القول بأن الحيل في الفقه الإسلامي، تناولها الفقهاء بالتفصيل، وتتبعوها في معظم فروع الفقه الإسلامي، مما يوحى بوجود نظرية عامة للحيل في الفقه الإسلامي، تحتاج إلى تقسيم وتبويب، وترتيب للآثار . في حين نجد الفقه القانوني - كما سبق - يتحدث عن الحيلة، مرة بإعتبارها وسيلة تطوير للقانون، وذلك إذا ما كانت كأسلوب صياغة ومرة أخرى بإعتبارها وسيلة خداع، هكذا يتحدثون عن الحيل في نصوص متفرقة، ومواقع مشتتة، وأحكام متنوعة، قد تعدم الفائدة المرجوة منها، نظراً لإبتعادها وتفرقها. وغنى عن البيان أن جمعها في بوتقة واحدة يحتاج لجهد كبير، وبحث عميق، ليكتمل للبحث عوده، وتحقق الفائدة المرجوة من لم شمله، وجمع متفرقه، إذ الفائدة في هذه الحالة تكون أكبر، والنفع أعم، ولعل هذا الوضع بالنسبة للفقه الإسلامي والقانون المدني، يكون مفيداً لكل من يطرق البحث في هذا الموضوع، خاصة وأنتى قد تناولت الموضوع في الفقه القانوني، وإتبعته بالفقه الإسلامي ثم عقدت مقارنة بينهما، كلما كانت المقارنة لازمة.

هذا وقد قصدت من الدراسة المقارنة في هذا الموضوع، التقريب بين النظم المختلفة، لإستخلاص المجال المشترك الذي تتفق فيه هذه النظم، بحيث تكون النتيجة، ثروة عامة من المبادئ القانونية والشرعية، التي تعين الباحثين في هذا المجال.

وأرجو أن يكون لدراسة موضوع «الحيل في القانون المدني والفقه الإسلامي» الأثر الواضح في بيان وإظهار هذا الموضوع، ولم شتاته وجمع متفرقه، وإظهار روح الإسلام وتعاليمه، في السمو بالأفكار القانونية المعاصرة، بإعتباره دين حضارة وفقه واقع، لا كما يدعى البعض من أنه لا يستطيع - بما فيه من نصوص - أن يوفق بين الإلتزام بالنصوص وتطور المجتمع، بل هو فقه واقعي مثالي كما أطلقها البعض، على نحو ما سببين في موضعه من هذا المؤلف.

هذا وقد تناولت موضوع «الحيل في القانون المدني» دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، في تمهيد وثلاثة أبواب وخاتمة، جاءت خطة البحث فيه على النحو التالي :-

تمهيد : وقد تناولت فيه الأصل التاريخي للحيل.

الباب الأول: ذكرت فيه تعريف الحيلة وتمييزها عما يشبه بها في القانون المدني والفقه الإسلامي، وقد تناولته في فصلين مستقلين.

الفصل الأول: في تعريف الحيلة وتمييزها عما بها في القانون المدني، ويقع في مبحثين :-

المبحث الأول : تعريف الحيلة في القانون المدني.

المبحث الثاني : تمييز الحيلة عما يشبه بها.

الفصل الثاني: في تعريف الحيلة في الفقه الإسلامي وتمييزها عما يشبه بها ويقع في مبحثين :-

المبحث الأول : تعريف الحيلة في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني : تمييز الحيلة عما يشبه به .

وفي ختام هذا الباب عقدت مقارنة بين تعريف الحيلة في القانون المدني وتعريفها في الفقه الإسلامي.

الباب الثاني: وقد تناولت فيه أنواع الحيل ومصادرها ومشروعيتها في القانون المدني والفقه الإسلامي . وقد قسمته إلى فصلين :-

الفصل الأول: فى أنواع الحيل فى القانون المدنى والفقه الإسلامى ويقع فى
مبحثين :-

المبحث الأول : أنواع الحيل فى القانون المدنى.

المبحث الثانى : أنواع الحيل فى الفقه الإسلامى.

وختمت هذا الفصل بمقارنة بين الأنواع التى عرفها القانون المدنى بتلك
التي تحدث عنها فقهاء المسلمين، ذاكرًا أوجه الإتفاق والإختلاف بينهما.
الفصل الثانى : تناولت فيه مدى مشروعية هذه الأنواع فى القانون المدنى والفقه
الإسلامى وقد قسمته إلى مبحثين :-

المبحث الأول : مدى مشروعية الحيل فى القانون المدنى.

المبحث الثانى : مدى مشروعية الحيل فى الفقه الإسلامى.

ثم عقدت مقارنة بين القانون المدنى والفقه الإسلامى فى هذا الشأن،
موضحًا أوجه الإتفاق والإختلاف بينهما.

الباب الثالث: وقد ذكرت فيه الآثار المترتبة على الحيل فى القانون المدنى والفقه،
وقد قسمته إلى فصلين :-

الفصل الأول: آثار الحيل فى القانون المدنى.

الفصل الثانى: آثار الحيل فى الفقه الإسلامى.

خاتمةً هذا الباب بعقد مقارنة بين هذه الآثار فى القانون المدنى والفقه
الإسلامى.

الخاتمة : وقد ذكرت فيها خلاصة موجزة وسريعة لما ورد فى البحث، وما
حواه من تفصيلات ونتائج، وذلك بأسلوب يغلب عليه طابع الإستنتاج أكثر من
طابع السرد لما ورد فى البحث.

(هذا والله ولى التوفيق والسداد).

تمهيد الأصل التاريخي للحيل

أهمية دراسة تاريخ القانون

من المعروف أن أية فكرة لا يمكن فهمها، فهما صحيحاً إلا بدراسة ماضيها، والوقوف على نشأتها ولا خلاف أن كثيراً من الأنظمة الحاضرة تجد أساسها ومنبعها في الشرائع القديمة.

والقانون لم يكن يوماً من الأيام حدثاً عارضاً من الأحداث، التي تمر بها الشعوب ولم يكن وليد المصادفات، وإنما هو وليد عوامل وظروف، بعضها إقتصادية وسياسية، وأخرى فكرية ودينية.

ولهذا فإن الفهم الصحيح لحقيقة ما، في مجتمع معين، لن يتأتى إلا بالإحاطة الشاملة للعوامل التي ساعدت على نشأتها ووجودها، وهي عوامل متطورة ومتصلة الحلقات، رغم تطور الشعوب وتقدمها.

ومن هنا كانت أهمية الدراسات التاريخية للأنظمة القانونية، فهي دراسات لا يستقيم بدونها الوقوف على حقيقة القاعدة القانونية، والكشف عن مضمونها الحالي الذي أملاه تطور تاريخي، ترد أصوله إلى ماضٍ سحيق.

وتأسيساً على ذلك، فإن أية فكرة يتضمنها القانون الحالي، لا يتأتى تفسيرها بغير الرجوع إلى الماضي، بل أن هذا القانون القائم سيصبح في يوم من الأيام تاريخاً، لن تفهم قوانين المستقبل بغير الرجوع إلى أحكامه^(١).

وهكذا تتضح لنا أهمية الدراسات التاريخية للأنظمة القانونية وهي أهمية تبدو بصفة خاصة بالنسبة للناشئين من رجال القانون، حيث تمكنهم من وضع القوانين التي تلائم روح العصر، وسد ثغرات المستقبل^(٢).

(١) د. محمود القا، فلسفة تاريخ النظم الإجتماعية والقانونية، دار الفكر العربي، فقرة (١)، ص ٦.

(٢) د. عمر ممدوح، أصول تاريخ القانون، دار المعارف ١٩٦٣، ص ٨، د. هشام صادق، د. عكاشة

عبد المال، تاريخ النظم القانونية والإجتماعية، الدار الجامية ١٩٨٧، ص ٧.

ولهذا فإن البعض يؤكد على ضرورة العناية بالدراسات التاريخية، حتى يتحرر الناشئون من رجال القانون «من تلك الصبغة الوضعية التي تقصر عملهم على تفسير نصوص زائلة كالمرجع الفانى الذى وضعها»^(١).

فضلاً عن ذلك فإن المنهج العلمى فى البحث القانونى، يقتضى من الباحث مد بساط البحث طويلاً وعرضاً، بحيث يقوم الباحث بالربط بين الأفكار القانونية من جهة، والظروف الإجتماعية من جهة أخرى. متتبعاً فى ذلك الجذور التاريخية للنظم المعاصرة.

فيجب على الباحث أن يقوم بمعالجة شاملة للظواهر، حتى يحيط الكافة بنواحي الموضوع محل البحث، علاوة على ضرورة الإهتمام بنشأة الظواهر، وتطورها. وبذا يمكن فهم الظواهر القانونية بالرجوع إلى أصولها التاريخية.

القانون الرومانى أصل القوانين تاريخياً:

وبنظرة متأنية فى الشرائع القديمة على وجه العموم، نجد أن القانون الرومانى قد نبأ مكان القمة بين كافة الشرائع القديمة، بل أن القانون الرومانى يمثل ذروة الأهمية من حيث دراسته، والبحث فيه، خاصة إذا علمنا بأن القانون الرومانى يعتبر المصدر التاريخى للكثير من أحكام القانون الفرنسى. كما أن القانون الفرنسى يعتبر المصدر التاريخى لأكثر قواعد القانون المصرى، بالإضافة إلى أحكام الشريعة الإسلامية^(٢).

فالقانون الرومانى لم يعد قانوناً وضعياً منذ صدور التقنيات الحديثة فى القرن الماضى، بل أصبح مصدراً تاريخياً للكثير من القوانين المعاصرة، ولذلك تدخل دراسته ضمن الدراسات التاريخية الآن.

(١) د. محمد عبد الهادى الشقنقى، مذكرات فى تاريخ القانون العربى، دار الفكر العربى، ط ١٩٧٧ ص ٢١.

(٢) د. عبد الرازق السنهورى، د. أحمد حشمت أبوستيت، أصول القانون ط ١٩٣٨ ص ٧٦.

هذا وقد إكتسب القانون الرومانى - ولعدة أسباب - مكانة سامية بين الشرائع القديمة مكنت له الخلود إلى يومنا هذا، بفضل الثروة القانونية الضخمة التى خلفها فقهاء الرومان^(١).

وما أكسب فقهاء الرومان هذه الملكية القانونية الفذة ما يذكره البعض^(٢)، من أنهم تأثروا بالفلسفة الإغريقية فى الجدل القانونى، وبالتالى إمتازوا بالقدرة على إستخلاص المبادئ العامة، وصياغتها، وتطبيقها على المسائل التى تعرض فى الحياة العملية. كما إمتازوا بالدقة فى مصطلحاتهم الفقهية، وبالوضوح فى تقسيماتهم المنطقية. فإليهم يرجع الفضل فى وضع أسس علم القانون، وتقسيمه، وترتيب أحكامه وتبويبه، ووضع نظريات قانونية عامة لا يزال الفقه الحديث يستظل بظلها الظليل.

بالإضافة إلى ذلك فإن فقهاء الرومان قد أسهموا إسهاماً كبيراً فى تطوير القانون الرومانى - على ما سنوضحه فيما بعد - ودفعه قدماً، لكى يتفاعل مع ظروف المجتمع. الأمر الذى إنتهى بهذا القانون لأن يصبح قانوناً عالمياً. بعد أن كان قانوناً إقليمياً.

ومن هنا صدق القول على الرومان بأنهم خلقوا ليحملوا رسالة القانون إلى العالم^(٣)، حيث يذكر الخطيب والفقيه الرومانى «شيشرون» فى كتابه القوانين قوله «إنما خلقنا لإقامة العدل، فنحن لا نسن القوانين بمحض الرأى، بل بدافع الفطرة»^(٤).

(١) د. صوفى أبو طالب، تاريخ النظم القانونية الإجتماعية، ط ١٩٧٥، ص ٢٩٥ وما بعدها،

للمؤلف نفسه، الوجيز فى القانون الرومانى، القاهرة ١٩٦٢، ص ٣، وما بعدها.

(٢) د. عمر ممدوح، أصول تاريخ القانون، ط ١٩٥٣، ص ٦٥، د. السهورى، أبو ستيت، المرجع السابق ص ١٠.

(٣) د. محمود السقا، المرجع السابق، ص ٤٣٩.

(٤) Ciceron, De Leg., 1.5. (Nos ad justitum esse notos revue opini- one sed noture constitum esse Jus.).

النص الفرنسى المقابل، «بعد العزيم فهمى، قواعد وآثار فقهية رومانية، ص ٥٤.

(Noussommes nés La Justisé, et le droit a été é tablillon d'après notre opinion mais d'apores notre noture).

إتسام القانون الروماني بالشكلية :

ورغم هذه المكانة التي تبوأها القانون الروماني، إلا أنه إتسم في عهده الأول - بل وفي معظم عصوره التالية - بشدة قيوده من الشكلية الرمزية المتمثلة في الإشارات والألفاظ، بحيث ما كان يعول على ما إنتواه الأفراد بعقودهم، بل كانت العبرة بالقالب القانوني الذي أفرغ فيه العقد، وما إحتواه ذلك القالب من عبارات ورموز في وضع معين وشكل محدد^(١). فكانت العبرة فيه بالألفاظ والمباني، لا بالمقاصد والمعاني.

ومن شدة إهتمام الرومان بالشكلية، لم يكن القانون الروماني يعتبرها مجرد صورة للتعبير بها عن الإرادة فحسب، بل هي العنصر الوحيد الذي يهتم به القانون، ويرتب عليه الأثر فكانت آثار التصرف القانوني تترتب بمجرد تمام الإجراءات الشكلية، حتى ولو كانت الإرادة معيبة^(٢).

وقد ميز فقهاء الرومان بين ثلاث مجموعات من القواعد القانونية هي :-

- أ - قواعد القانون الطبيعي. (Jus Naturale)
- ب- قواعد القانون المدني. (Jus Civile)
- ج- قواعد القانون الشعوب. (Jus Gentium)

فالقانون الطبيعي: هو ذلك القانون الذي إنتقل إلى روما نتيجة تأثرهم بالفلسفة الإغريقية، وخاصة مذهب الرواقيين في اليونان. وهو كما عرفه الفقيه الروماني «شيشرون» بأنه «قانون مطابق للعقل السليم متفق مع الطبيعة، معلوم للجميع، ثابت على وجه الدوام، ويعتبر القانون الحقيقي الذي لا يتغير من روما إلى أثينا ولا من اليوم إلى الغد»^(٣).

(١) د. علي بدوي، مبادئ القانون الروماني، ج ١، ط ٢، ١٩٣٦، ص ١٧٥، د. عبد السلام ذهني، الجبل، المحظور منها والمشروع، ١٩٤٦، ص ٧٥.

(٢) د. صوفي ابو طالب، ابحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني، ١٩٦٤، ص ٧.

(٣) الترجمة عن استاذنا الدكتور حمدي عبد الرحمن، فكرة القانون، ١٩٧٨، ص ٤٧.

أما القانون المدني : فهو مجموعة القواعد الوضعية التي تنظم علاقات المواطنين (الرومان) فيما بينهم، وقد نشأت هذه القواعد عن طريق تطور العرف والتقاليد المتوارثة.

أما قانون الشعوب : فهو ذلك الذى يتضمن مجموعة القواعد التي نشأت لحكم العلاقات فيما بين الأجانب أو فيما بينهم وبين المواطنين الرومان.

على أن الذى إسم بالشكلية من هذه القواعد هي قواعد القانون المدنى^(١)، حيث تميزت هذه القواعد بالشكلية المعقدة والمتطرفة إلى درجة أن الغلط في لفظ واحد، أو إهمال أى إجراء بسيط يترتب عليه ضياع الحق على صاحبه، فضلاً عن بطلان التصرف، حتى حق فيه قول المنصفين : (Summus Jus Summa Inluria) أى أن منتهى التقيد بالقانون منتهى الظلم^(٢).

وقد بدأت هذه الشكلية في عبادة الرومان، فقد كان أهم ما يميز هذه العبادة هي الرسمية أو الشكلية، فهم لا يسلمون إلا بالماديات، ويرون فيها قوة سحرية قادرة على كل شىء. ومن هنا تجلت القاعدة الرومانية الشهيرة، والتي تنص على أن : «شكل الشىء قوام وجوده» "Forma Dut Esse Rei" ويترتب على ذلك أن أقل خطأ في الشكل أثناء تأدية الشعائر الدينية يبطل أثر العبادة التي يجب أن تقام شعائرها في الزمان والمكان وبالطريقة المعينة لها^(٣).

(١) عرف القانون الشعوب الشكلية أيضاً إلا أنه ضيق في استعمالها، وأهم مثال للشكلية فيه، دعوى

التسليم في نقل الملكية كما سيتضح فيما بعد.

(٢) د. سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية، ط ٦، ١٩٨٧، ص ٤٠٣، د. حمدى عبد الرحمن،

المرجع السابق، ص ٤٨، د. ابوزيد مصطفى، الافتراض ودوره في تطور القانون، ١٩٨٠، ص ٣٠.

(٣) د. محمود السقا، المرجع السابق، ص ٣، في نفس المعنى، مقالة د. عمر ممدوح، الفقه عند

الرومان، مجلة الحقوق، ١٩٤٨، ص ٦٢٢ وما بعدها.

ومن أمثلة التصرفات القانونية التي إتسمت بالشكليات في القانون الروماني عقدي نقل الملكية، وهما : - الأشهاد^(١) (Mancipio)، والدعوى الصورية^(٢). أما التسليم (Traditio) فإنه طريق لنقل الملكية فيما بين الأجانب (من غير المواطنين الرومان) ثم لجأ إليه الرومان لنقل ملكية الأشياء غير النفسية دون اشتراط إجراءات شكلية معينة ليرتب آثاره القانونية. غاية الأمر، إشتراط القانون فقط القيام بعمل مادي، هو تسليم الشيء الذي يرد عليه التصرف، وهو يعنى نقل وضع اليد - على الشيء المتصرف فيه - من شخص إلى آخر مصحوباً باتفاق الطرفين على نقل الملكية من المسلم (Trabens) إلى المستلم (Occipiens)^(٣).

(١) الأشهاد ومعناه الاكتساب أو الأخذ باليد. وهو طريقة رومانية قديمة كانت مستعملة عند الرومان لنقل الملكية قبل قانون الألواح الأثني عشر، ثم نص عليها في هذا القانون. أما إجراءاته الرسمية فانها تحصل بحضور الطرفين، وخمسة شهود، وحامل الميزان (Porte balance)، ووجود ميزان، وقطعة من النحاس والشيء المباع أن كان منقولاً. ويقرر المكتسب بعد أن يمسك بالمال المراد نقله أنه ملكه بحسب قانون الرومان، وأنه اشتراه بالثمن المقدّر بالميزان، ثم يضرب الميزان بقطعة من النحاس - إشارة إلى وزن الثمن - . ويسلمها إلى ناقل الملكية (alienateur).

(في هذا المعنى / د. على بدوي - المرجع السابق، ص ١١١، د. أحمد مرزوق، نظرية الصورية في التشريع المصري ١٩٥٧، ص ١٩ - ٢٠، د. رأفت حماد، المرجع السابق، ص ٤ هامش (١)).

(٢) الدعوى الصورية: وهي أيضاً من طرق انتقال الملكية في القانون الروماني. وتتلخص إجراءاتها في أن من يريد اكتساب شيء من آخر على سبيل البيع أو الهبة مثلاً يرفع دعوى الملكية (Oction enrevendication) على البائع أو الواهب أمام القاضي، وفي خلال الدور الأول من الدعوى (أي قبل إحالتها إلى حكم، يفصل في وقائعها - وهو الدور الثاني-) يسلم المدعوى عليه بحق المدعى، وبصادق القاضي على ذلك، فينشأ عنه الأثر المقصود، وهو نقل الملكية. وبالنظر إلى هذه الطريقة نجد أن مدى شكليتها حيث أنها تستلزم - فضلاً عما تقدم - حضور الطرفين أمام القاضي، بحجة الفصل في النزاع، وفي هذا من المشايقة ما أدى إلى زوالها من الحياة العملية قبل الأشهاد. (د. على بدوي المرجع السابق، ص ١١١، وما بعدها، د. أحمد مرزوق، المرجع السابق. ٢٧).

(٣) د. صوفي ابو طالب، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة، في القانون الروماني، ١٩٦٤، ص ٧ - وأيضاً د. على بدوي، المرجع السابق، ص ١١١ وما بعدها. ١٤

أى أن هذا الطريق من طرق نقل الملكية يستلزم عنصرين: عنصر مادي، هو نقل وضع اليد، وعنصر معنوي، هو نية نقل الملكية، عند المسلم ونية إكتسابها عند المتسلم.

هذه هي العقود الشكلية الناقلة للملكية في القانون الروماني.

وهناك تصرفات منشئة للإلتزامات أطلق عليها القانون الروماني إسم العقود الرسمية وهي عقود تتم في صورة مرسومة يتحتم إجراؤها لتعتبر قائمة في نظر القانون. هذه العقود تتم بأشكال وأوضاع خاصة، وليس للإرادة دخل فيها، بحيث إذا وضع إتفاق بين شخصين بغير الإجراءات الشكلية لعقد من هذه العقود فإن المدين لا يلتزم به، كما لا ينشأ عنه حق للدائن.

وهذه العقود الرسمية التي وجدت في القانون الروماني عقود محدودة العدد وتنحصر في ثلاثة عقود هي^(١):-

أ - عقد القرض القديم أو الإستهانة (Nexum)

ومعناه حرفياً، العقد أو الربط، وهو أقدم العقود الرومانية، وأسرعها في الزوال من الحياة العملية، وكان هذا العقد في أول أمره خاصاً بالإلتزام بقرض النقود، ولكن تحت ضغط حاجات الناس المتجددة، ومسيرة لمدينة روما الجديدة، إستعمل صورياً لكل إلتزام بمبلغ نقدي غير القرض.

أما إجراءاته فهي تطابق إجراءات الأَشْهاد في نقل الملكية، غير أن الذي يتكلم هنا هو الدائن حيث ينطق بعبارات فيها معنى الحكم على المدين، ولذلك فإن الإلتزام الناشئ عنه ينفذ على شخص المدين (Manus Injectio) عند عدم الوفاء دون حاجة إلى إستصدار حكم في الموضوع من القاضي، فيتسلمه الدائن ويحسبه عنده ستين يوماً، وإذا لم يسدد الدين أو يتفق مع الدائن، باعه في الخارج أو قتله.

(١) د. على بدوي - المرجع السابق، ص ١٧٩ وما بعدها، د. أحمد مرزوق - المرجع السابق، ص ٣٠، د. صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ١٩٧٢، ص ٤١٤، د. عبد الفتاح

ب - العقد الكتابي (Contrat Litteral).

وهو عقد عنصره الرسمي هو الكتابة في سجل الدائن برضاء المدين، فقد كان لكل أسرة من الرومان دفاتر لتدوين شئونها، وأهمها دفتر الإيراد والمصروف، تسجل فيه شهرياً المبالغ النقدية التي قبضها رب الأسرة من الغير، وتلك التي دفعها للغير، وسبب الدفع إن كان قرصاً أو هبة أو غير ذلك. والحكمة من هذا النظام هو ضبط أمور الأسرة وحصر حالتها المالية، لمعرفة ذلك عند موت رب الأسرة. ويطلق على هذا السجل إسم (Codex). ويمتاز هذا العقد عن غيره من عقود القانون الروماني الرسمية بأنه يصح إتمامه بين الغائبين.

ج - العقد الشفوي أو الكلامي (Contrat Verbel).

وهو يقع على ثلاثة أنواع:

فالأول: خاص بتقرير المهر الذي يقدم من المرأة إلى الرجل عند زواجهما، وهو تعهد يصدر من المرأة أو أحد أصولها في عبارة خاصة نحو الزوج بحضوره، وبهذه العبارة يصبح الوعد بالمهر ملزماً، وللزوج حق المطالبة به.

والثاني: خاص بالعهد الذي يرتبط به المعتوق نحو مولاه عند عتقه للقيام بالخدمات التي يعينها المولى، وهو تعهد صادر من المعتوق، مؤيد يمين يقسمها قبل العتق وأخرى بعده.

والثالث: وهو أهم أنواع العقد الشفوي، ويطلق عليه عقد الإشتراط الشفهي (Stipulatio)، وهو طريق عادي للتعاقد الرسمي، وتتمثل إجراءاته في صورة إشتراط خاص يقع بحضور الطرفين، وينحصر على سؤال من الدائن (هل تعهد بكذا؟) وجواب موافق من المدين، (أتعهد بكذا....) بعبارات خاصة، يجب التفوه بها. فلا يصح بين الغائبين أو العاجزين عن النطق أو السمع، وهو لا يستلزم غير ذلك من شهود ولا ميزان. ويبدو أن ذلك يرجع إلى أصل ديني، حيث كان المدين يعزز تعهده بقسم ديني، وكان الإشتراط الشفهي قاصراً أول الأمر على التعهد بمبالغ نقدية، ثم ما لبث أن إستعمل صورياً لإنشاء الإلتزامات أياً كان موضوعها، وذلك مسيرة لتطور المجتمع، وحاجة الناس المتجددة.

وهكذا نجد الشكلية قد سادت جل عصور القانون الروماني، وقد يكون

الباعث على ذلك، وجود بعض المزايا التي سيطرت على أفكار واضعي القانون الروماني حينذاك متمثلة في وجوب حمل المتعاقدين على التفكير جيداً قبل الإقدام على إبرام التصرفات خشية شطط الإرادة، وسبق اللسان، وأيضاً تحديد الوقت والمكان الذي يتم فيه الإنفاق.

وإذا كانت هذه هي مزايا الشكلية فإن أئمتها أكبر من نفعها فهي :-

أولاً : تستوجب حضور المتعاقدين وبالتالي لا عبرة بالتعاقد بالمراسلة أو عن طريق البرق أو التليفون (المسرة).

ثانياً : لا تقيم الشكلية وزناً لإرادة المتعاقدين، فالعبرة فيها للألفاظ والمباني لا للمقاصد والمعاني.

ثالثاً : كثيراً ما تؤدي إلى بطلان التصرفات بسبب نقص شكلي بسيط، أو نسيان إجراء، أو إغفال بيان من البيانات التي تقتضيها الشكلية.

رابعاً : وأخيراً نجد أن الشكلية بهذا المعنى لا تتماشى مع تطور المجتمع، وتجدد الأحداث. فهي إذا كانت مقبولة في الحياة العادية والتي لا يضرها التأني، فإنها غير مقبولة تماماً في التصرفات والأعمال التي يلحقها كبير الأذى من جراء تأخيرها. كالأعمال التجارية وغيرها مما لا يحتمل التأجيل أو التأخير^(١).

وسوف نرى - فيما بعد - أن تطور المجتمع الروماني وتقدمه أدى بدوره إلى التخفيف من الشكلية، وأن لم يقض عليها تماماً، حيث ظلت إلى آخر عصور القانون الروماني، وإن كان قد لحقها التهذيب والتطوير، بالقدر الذي تستطيع به مسايرة المدينة الجديدة.

القانون الروماني ومبدأ سلطان الإرادة

كان من نتيجة الشكلية التي سادت القانون الروماني طيلة عصوره، إنعدام دور

عبد الباقي، نظرية العقد، ١٩٨٤، ص ٤٢ (هامش ٢)

(١) في مزايا الشكلية وعيوبها:

د. أحمد مرزوق، المرجع السابق، ص ١٧، د. سمير تناو، النظرية العامة للقانون، ١٩٨٥، ص

٣٨٠، د. علي بدوي، المرجع السابق، ص ١٧٥، د. منير العجلاني في الوجيز في الحقوق

الرومانية، ١٩٤٤، ص ١١٢

الإرادة في التصرفات القانونية، مما أدى إلى ظهور مبدأ سلطان الإرادة (Autone mie de la volonte) خلال العصور الأولى في القانون الروماني.

ذلك أن هذا المبدأ يعترف للإرادة بسلطان، سواء من حيث الشكل الذي تظهر فيه، أم من حيث موضوعها ومضمونها. ويعبر عن قدرة الإرادة من حيث الشكل بمبدأ الرضائية، وهو يعني قدرة الإرادة على إنشاء التصرفات القانونية، أما قدرة الإرادة من حيث مضمونها وموضوعها فإنه يعبر عنه بمبدأ «العقد شريعة المتعاقدين» وهو يعني قدرة الإرادة على تحديد شروط وآثار التصرفات القانونية.

غير أن عدم وجود هذا المبدأ، كان يعني لدى الرومان، أن الإرادة لا تكفي لإنشاء تصرف قانوني، وهي أيضاً عاجزة عن تحديد شروطه وآثاره. حيث كانت العبرة عندهم للشكل - لا للإرادة، فالتصرف القانوني لا ينشأ إلا إذا حدث التعبير عن الإرادة وفقاً للشكل الذي يتطلبه القانون، كما أن آثار التصرف القانوني يتولاها القانون بالتحديد، وبالتالي لا تستطيع الإرادة تعديلها أو تغييرها^(١).

ولهذا فإن التصرف القانوني، كان يستمد قوته الملزمة من الشكل، لا من الإرادة فالقوة الملزمة للعقد مثلاً، إنما كانت تنشأ من الأوضاع الشكلية المقررة؛ وليس من توافق إرادتي أطراف التعاقد، ومن هنا جاءت القاعدة الرومانية القديمة والتي تقضي بأن «الإنفاق المجرد عن الشكل لا ينشئ حقاً ولا يولد دعوى» ومن هنا يمكن القول بأن المبدأ الذي كان سائداً في القانون الروماني - لا سيما في عهده القديم - ليس هو سلطان الإرادة، وإنما سلطان الشكل^(٢). فكانت كل العقود شكلية ويطلق عليها عقود القانون الضيق (Contrats De Droit Strict).

(١) د. صوفى أبو طالب، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة، المرجع السابق، ص ٦ وما بعدها، د. حبيب الفزاري، أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدي رسالة دكتوراه، ١٩٧٩، ص ١٠ وما بعدها، د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج ١، ص ٣٦ وما بعدها.

(٢) د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٤٢، د. صوفى أبو طالب، المرجع السابق، ص ٩، د. عبد الرزاق السنهوري، الموجز في النظرية العامة للإلتزامات، ط ١٩٣٨، ص ٢٨،

غير أن هذا الحال لم يدم طويلاً. فما لبثت الحياة الرومانية أن تطورت، وتعقدت سبلها، وتنوعت أسبابها، فكان من شأ ذلك توزيع العمل، ومن ثم الحاجة إلى كثرة التبادل ووجوب السرعة في المعاملات، واقتصر ذلك بتقدم في التفكير القانوني، الأمر الذي أدى إلى إعتبار الاتفاق موجوداً بمجرد توافق الإرادتين، والشكل ليس إلا سبباً قانونياً (Causa Civilis) للإلتزام قد توجد أسباب أخرى غيره، وبالتالي بدأ في ظهور بعض العقود الرضائية إلى جانب العقود الشكلية، حيث تقرر مبدأ الرضائية في أهم العقود المتداولة بينهم وهي: البيع، الإجارة، الشركة، الوكالة، بمعنى أن مجرد الرضا كان يكفي لقيام هذه العقود ودون حاجة إلى إتباع شكل خاص^(١).

وفي خضم هذا التقدم والتطور في الحياة الرومانية، نص على هذا المبدأ - سلطان الإرادة - لأول مرة في موسوعة جستنيان منسوبة إلى الفقيه الروماني (أو لبيان) (Ulpian) حيث جاء فيها أن «العقود تستمد قانونها من الاتفاق»^(٢). (Contractus Legem Exconventionibus Acipiunt) يضاف إلى ذلك أن الرومان أثناء هذا التطور عرفوا نوعين آخرين من العقود، تغلبت فيهما الإرادة، على الشكل هما:-

أ - العقود العينية (In rei) كعقود القرض والوديعة والعارية. وهي عقود تقوم صحيحة دون حاجة إلى إتباع شكل خاص، بشرط تسليم الشيء موضوع التصرف كمبلغ القرض، والشيء المودع أو المعار.

ب - العقود غير المسماة أو غير المنعينة: وهذه عبارة تفيد في لغة الرومان بعض عقود محددة، وصل الرومان إلى تقرير صحتها ونفاذها برغم

(١) د. عبد الرازق السنهوري، المرجع السابق، ص ٢٩، د. عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، ص ٣٦، د. علي بدوي، المرجع السابق، ص ١٧ وما بعدها.

(٢) د. حسبو الفزاري، المرجع السابق، ص ١١، في نفس المعنى: د. صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٥ هامش (١) حيث ذكر فيه أن هذا النص ورد على لسان الفقيه البيهقي.

عدم إتخاذ الشكل القانونى المقرر لها، وذلك شريطة قيام أحد عاقديهما بتنفيذ التزامه، إذ كان يحق لهذا العاقد أن يطلب العاقد الآخر بتنفيذ التزامه بدوره^(١).

وهكذا، إنتصر مبدأ سلطان الإرادة فى مجال العقود الرضائية، كما كان للإرادة دور كبير فى العقود العينية، وغير المسماة.

وعلى الرغم من هذا التطور لمبدأ سلطان الإرادة فى القانون الرومانى فإن الشراح يذكرون أن القانون الرومانى - وحتى فى عهد جستينيان - كان يعتبر الشكلية فى القانون (Le Formalisme de droit) هى الأصل العام، ولا يعترف بمبدأ سلطان الإرادة إلا على سبيل الإستثناء^(٢).

وأخيراً إنتقل هذا المبدأ - سلطان الإرادة - من الصياغة الرومانية القديمة إلى مجموعة نابليون فى القانون المدنى الفرنسى عن طريق الفقيه الفرنسى «دوما» (Domat) حيث تنص المادة ١١٣٤ من هذه المجموعة على أن «الإتفاقات التى تتم وفق القانون. تقوم مقام القانون بالنسبة لعاقديهما، ولا يجوز نقضها إلا بإتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون»^(٣).

ثم إنتقل هذا المبدأ بدوره إلى قانوننا المدنى القديم الذى وضع فى

(١) د. عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، ص ٣٠، ٤٤ هامش (١).

(٢) د. صوفى أبو طالب، المرجع السابق، ص ٩، وفيه يذكر أن مبدأ سلطان الإرادة لم يظهر فى العصر الحديث إلا نتيجة لجهود شراح القانون الرومانى فى العصور الوسطى وعصر النهضة وفقهاء الكنيسة الذين غيروا معانى بعض النصوص الرومانية بما يدل على الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة.

(٣) Art. 1134 : Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorise " .

وتقابلها فى القانون المدنى المصرى نص المادة ١/١٤٧ حيث تنص على أن : «العقد شرعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون».

مستههل الربع الأخير من القرن الماضي، لأنه قانون منقول في مجموعه عن مدونة نابليون، إلا أن هذا المبدأ أخذ يتقلص ويتكس مع بداية القرن العشرين، تحت تأثير المبادئ الاشتراكية، والتي أخذت تغلغل بسرعة في أنحاء المجتمع الحديث.

تطور العهد الروماني :

كان الإعتراف للإرادة بسلطان في مجال التصرفات القانونية، أحد مظاهر التطور الذي أصاب القانون الروماني، هذا التطور في القانون كان نتيجة حتمية لتطور المجتمع الروماني، حيث لحق هذا المجتمع تطور كبير. وخاصة منذ نهاية الحروب البونية حوالي عام ٢٠٠ ق. م - سواء من الناحية الاجتماعية أو الاقتصادية، أو الفكرية^(١)

فمن الناحية الاجتماعية، نجد أن روما كانت في بداية عهدها تتكون من أسر وعشائر يعيش كل منها على مبدأ الإكتفاء الذاتي، وتتمتع كل منها بقدر من الإستقلال السياسي والقضائي، ولذلك كانت الدولة تهتم بكل تغيير يحدث في محيط الأسرة، سواء من حيث الأشخاص التي تتكون منها الأسرة، أو من حيث الأموال التي تمتلكها.

ثم كبرت روما، واندمجت الأسر في بعضها، وتعددت المعاملات بين العشائر، مما أدى بالدولة إلى التخلي عن رقابتها، وتركزت للأفراد حرية تنظيم علاقاتها ببعضهم.

ومن الناحية الاقتصادية، نجد أن روما بدأت عصورها معتمدة على الزراعة البدائية التي تفي حاجات الأسر والعشائر، وتكفيهم ذاتياً.

ولكن ما لبث أن تطور هذا المجتمع، وانتقل من عهد قوامه الزراعة، إلى عهد قوامه التجارة، ليس هذا فحسب، بل أن المجتمع الروماني، في طريقه للتطور،

(١) د. صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٢٠ وما بعدها.

والتحول من الزراعة إلى التجارة، تطور زراعياً في مجالات عديدة.

كل هذه العوامل أسهمت في تطوير المجتمع الروماني، بصورة أصبحت معها قواعد القانون الروماني - والقائمة على الشكلية - غير قادرة على مواجهة حاجات الناس وغير متمشية مع ما أصابهم من تطور فكري، واقتصادي، واجتماعي، وأصبح لازماً على القانون الروماني أن يسير تطور المجتمع، ومن ثم نشأت الحاجة إلى تطوير هذا القانون.

أساليب تطور القانون الروماني :

مما سبق يتضح أن تطوير القانون الروماني، هو أمر تختمه ضرورة الحياة وظروف المجتمع، فالفرق شاسع بين مجتمع بدائي تحكمه بضعة نصوص جامدة. وآخر متطور لا تسعفه هذه النصوص في إيجاد حلول متجددة متغيرة، وفقاً لتغير الأحداث داخل هذا المجتمع المتطور.

ذلك لأن القانون بوصفه مخلوقاً يتلون بلون البيئة وظروفها الاجتماعية، والاقتصادية والسياسية، ولا يتصور أن يصب في قواعد جامدة لا يمسها التغير والتعديل، فكان حتماً على القانون الروماني، أن يلحق ركب المدينة، ويسير التطور الذي أصاب هذا المجتمع. حيث يلاحظ أن القواعد الرومانية المدونة، كانت عند وضعها ضيقة النطاق، محاطة بهالة من الإجراءات والشكليات والطقوس المعقدة التي لم تعد مع التطور تلبى حاجيات الناس ومن هنا قفزت إلى الأذهان فكرة التعديل حتى تتواءم تلك النصوص مع الظروف الجديدة، والحاجيات المتغيرة.

بيد أن تطور القواعد المكتوبة لم يكن سهلاً ميسراً معبد الطريق، إذ كان غالباً ما يصطدم في حائط النصوص المكتوبة، فكانت من ثم مهمة تفسير القانون وتطبيقه على أثر تغير الظروف، مغلفة بالصعوبات، وكان لا بد من ابتكار وسائل جديدة تلبى حاجة التطور عن طريق التفسير من القاعدة القانونية، دون مساس بحرية النصوص، ولذلك إستعانت الشعوب القديمة -

ومنها شعب روما - بمجموعة من الوسائل العامة في سبيل تعديله لهذه النظم القانونية المدونة (١).

هذه الوسائل يمكن حصرها في أساليب ثلاثة هي :-

الحيلة (Fiction) ، والعدالة (Justice) ، والتشريع (La Loi) :

ويمكن القول بأن هذه الأساليب الثلاثة كانت محل إتفاق بين كافة الشعوب القديمة على تطوير القواعد القانونية المكتوبة، وهذا لا يعنى أنها قد إستخدمت عند الجميع في وقت واحد، وأن دورها في شتى هذه القوانين كان متماثلاً.

فقد تتواجد هذه الأساليب الثلاثة في شريعة من الشرائع، بينما لا تعرف الأخرى غير أسلوب أو أسلوبين، وقد يلعب أسلوب معين - كالحيلة عند الرومان مثلاً - دوراً فذاً وبارزاً في تطوير القانون، بينما يتراجع أثره إلى حد بعيد في نظام قانوني آخر كالقانون الإسلامي . وهكذا.

وتجدر الإشارة إلى أن هذه الوسائل الثلاث ظهرت في المجتمعات القديمة بهذا الترتيب، حيث ظهرت الحيلة، ثم العدالة، وأخيراً التشريع، ذلك أنه حينما تطور المجتمع، وشعر الناس بضرورة تعديل القواعد القائمة، بدأ الفقه والقضاء يتحايلان على النصوص القانونية بغية توسيع دائرة تطبيقها، أو الحد من مجال استعمالها، أو استحداث نظم قانونية والتحايل لادخالها تحت حكم النصوص الموجودة، وبعد ذلك ارتقى المجتمع وتهذبت أخلاقه فبدأ الإنسان يحكم العقل فيما بين يديه من نصوص ويحتكم إلى روح العدالة ليهتدى إلى الحكم السليم، وترتب على ذلك أنه عدل في أحكام القانون القائم صراحة وبصورة مباشرة، وأخيراً اهتدى المجتمع إلى الفكرة القائلة بأن السلطة التشريعية تستطيع تعديل القواعد القانونية الدائمة أو إلغائها أو استحداث قواعد جديدة (٢).

(١) د. عمر ممدوح، أصول تاريخ القانون، ١٩٦٣، ص ١٤. ومابعدا.

د. هشام صادق، د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ٢٣٢ ومابعدا.

(٢) د. هشام صادق، د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ٢٣٥ ومابعدا.

هذه الوسائل الثلاث عملت - وبحق - على تطوير القانون الروماني، والأخذ به من ركذته - حيث الجمود والشكلية - إلى اتساع مدلوله، ومن التمسك بنصوصه، إلى العمل بروحه. وإن اختلف الأثر المترتب على كل منها في تطوير هذا القانون.

فالحيلة^(١)، مثلاً كان لها أثر عميق في تطوير القانون الروماني، فاق أثرها في تطوير أى قانون آخر.

فقد استخدمت الحيلة - عند الرومان - للقفز بها فوق جمود النصوص، وتصلب نطاقها، في إطار ضيق محصور، حيث كانت القوانين الرومانية تجسداً لأفكار دينية، ومعاني أخلاقية ثابتة لا تتزعزع، نزلت في نفوس الناس منزلة التقديس، فبات المساس بها رجساً من عمل الشيطان يجب اجتنابه، والنأى عنه، فكان لا بد من الحيلة لتأويل القانون، والخروج به عن نطاقه الضيق، ويمكن القول بأن العقل البشرى أمام كراهية المساس بالنصوص، وحاجة الواقع العملي، تفتق عن الحيلة بوصفها أسلوباً يحفظ للنص قداسته الظاهرة، ويلبي طلبات الحياة المتجددة والمتطورة^(٢).

وعلى هدى ماتقدم اتسع نطاق استخدام الحيلة للتلطيف من قسوة القواعد القانونية وشدتها. وتوسيع نطاقها ومدلولها. فاستخدمت بداية من قبل الأفراد ثم مالبت أن استخدمها القائمون على تفسير القانون وتطبيقه من الفقهاء، والقضاة.

ولقد لعبت الحيلة في القانون الروماني دورها لتحقيق أكثر من هدف. فاستخدمت حيناً لتخفيف وتلطيف بعض النظم القانونية، كما في تطبيق القانون الروماني على غير الرومانيين (الأجانب) والتحايل لقبول دعاواهم، حيث كان

(١) همرف الحيلة بأنها « افتراض أمر مخالف للواقع يترتب عليه تغيير في حكم القانون دون تغيير في

نصه » راجع : د. حسن كبيرة، أصول القانون، ص ٢٤٨، د. هشام صادق، و د. عكاشة عبد

العال، المرجع السابق، ص ٢٣٧

(٢) د على بدوى، أبحاث التاريخ العام للقانون، ج ١، ط ٣، ص ٤٦.

الرومان ينظرون إلى قانونهم على أساس أنه وضع لحماية الرومان فقط، فيسرى عليهم دون غيرهم وبالتالي لا يخضع له الأجانب ولا يستظلون بحمايته.

فلما أصبح للأجانب في الإمبراطورية الرومانية أهمية سياسية واقتصادية، تحايل الرومان لتطبيق القانون الروماني على الأجانب، وكانت حيلتهم في ذلك هي، افتراض أن الأجنبي من الرومان طالما كان في روما، وبالتالي يخضع للقانون الروماني كما يخضع له الرومان، ويحميه القانون الروماني كما يحمي الرومان^(١).

كما استخدمت أيضاً كوسيلة لتبرير بعض النظم القانونية، كما هو الحال بالنسبة لتوريث الابن غير الخاضع لسلطة أبيه، وكذا توريث الجنين، حيث كان لرب الأسرة سلطة مطلقة على أولاده، يحق له بمقتضاه أن يضمهم إليه أو يبيدهم أو يبيعهم، فإذا ما خرج الابن من سلطة أبيه بأية وسيلة كان لا يشترك في ميراث هذا الأب وبالتالي يحرم من ميراث رب الأسرة. ولما تطور المجتمع الروماني رويداً رويداً اتخذ البريتور الروماني حيلة لتوريث الابن غير الخاضع لسلطة أبيه، هذه الحيلة هي افتراض خضوع الابن لسلطة أبيه عند وفاة هذا الأب، وبالتالي يرثه فيما خلفه من أموال، وأيضاً ميراث الجنين، حيلة اتخذها الرومان لثبوت حق الجنين في الميراث، على أساس أنه ولد حياً وقت وفاة المورث^(٢)، وهو الأمر الذي قال به فقهاء المسلمين.

وأخيراً استخدمت الحيلة لدى الرومان لابتكار نظم قانونية جديدة، كما هو الشأن، في حماية واضع اليد بمجرد التسليم أو ما يسمى بالملكية البريتورية، حيث كان الرومان يقسمون الأموال إلى نفيسة وغير نفيسة، وكان يكفى التسليم في إنتقال الأموال غير النفيسة، بينما لا يكفى ذلك في الأموال النفيسة، حيث كان يتطلب القانون لنقلها إجراءات معقدة كالبيع بالإشهاد. وعندما تطور المجتمع

(٢) د. عبد الناصر توفيق المطار، الوجيز في تاريخ القانون، ص ١٧٨ وما بعدها. د. محمد كامل مرسى، د. نبيذ مصطفى، أصول القوانين، ط ١٩٢٣، ص ٢٢٥.

(١) د. عبد الناصر المطار، المرجع السابق، ص ١٧٥، د. هشام صادق، د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ٢٤١.

الروماني، أصبحت هذه الإجراءات غير صالحة لانتقال ملكية الأموال النفيسة، ولكنه لا يصير مالكا لها من وجهة النظر القانونية، لعدم اتباعه للإجراءات المقررة في القانون وبالتالي، لو فقد وضع يده عليها ما كان له الحق في استردادها إلا إذا كان حائزا لها مدة سنة إن كان منقولاً، ومدة سنتين إن كان عقاراً.

ولكن البريتور تخايل على هذا الوضع لحماية مستلم هذه الأموال بحسن نية إذا لم يكن قد تملكها بالتقادم، بأن افترض أن مدة التقادم قد انقضت حكماً، ولو لم تنقض بالفعل، وجعل لمستلم هذه الأموال الحق في رفع دعوى استرداد إذا ما نزعته من تحت يده، حتى ولو لم يتبع الإجراءات القانونية المقررة في نقل هذا المال إليه، باعتباره مالكا له ملكية بريتورية^(١).

أما العدالة : فإنها قد ساهمت في تطوير القانون الروماني أيضاً، وإن كان أثرها يتوارى أمام أثر الحيلة في تطوير هذا القانون.

وتعرف العدالة بأنها مجموعة القواعد التي يكشف عنها العقل، ويوحى بها الضمير، ويرشد إليها النظر الصائب، والفكر السليم^(٢).

وعلى عكس الحيلة، كانت العدالة تعمل بصورة مباشرة، وتعديل من أحكام القانون بصورة واضحة، بينما تعمل الحيلة على التغيير في معاني القانون - بصورة ملتوية دون الإقتراب من ظاهر النصوص، ولذلك يلاحظ أنه إذا كانت الحيلة قد بدأ استخدامها من قبل الأفراد، ثم لجأ إليها القائمون على تفسير القانون، فإن العدالة لم يلجأ إليها، سوى القائمون على تفسير وتطبيق القواعد القانونية، لما لها من مبادئ ثابتة، تتفق مع المنطق السليم، والفكر السديد.

ولقد ظهرت العدالة كأداة لتطوير القانون الروماني، عندما خفت موازين الإيمان بالآديان، وتناول الناس على التقاليد والنصوص، بعد ما كانوا ينزلونها في النفوس منزلة التقديس، فلم يتحرجوا عن مخالفتها صراحة.

(١) د. عبد الناصر العطار، المرجع السابق، ص ١٨٠، د. هشام صادق، د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ٢٤٣ وما بعدها.

(٢) د. عمر معدوح، أصول تاريخ القانون، ط ١٩٦٣، ص ١٠٥.

ولقد استطاع فقهاء الرومان السير قدماً بالقانون عن طريق العدالة، وساعدهم على ذلك تأثرهم بالفلسفة الإغريقية، التي نشأت العدالة في ظلها، واكتملت مبادئها في ربوعها، وذلك بفضل القانون الطبيعي الذي آمن به فلاسفة اليونان مادياً ومعنوياً.

وعلى سبيل المثال : اتبع فقهاء الرومان المنهج الجدلي Methode diolectique الذي استعاروه من الفلسفة الإغريقية، وذاع صيته وانتشر بينهم، مما مكن هؤلاء، الفقهاء من ابتكار طرق جديدة لتفسير القواعد القانونية القائمة، ليشمل التفسير ابتكار القواعد القانونية التي تحكم العلاقات التي تجدد في المجتمع، بالإضافة إلى الاستدلال على الحكم القانوني من النصوص التشريعية القائمة (١).

يضاف إلى ذلك أن فقهاء الرومان بنوا كثيراً من الأحكام القانونية التي استخدموها في تفسير القواعد الموجودة بين أيديهم على كثير من الأفكار الجديدة التي أمدتهم بها الثقافة الإغريقية، مثل الثقة (Trustee) ، والأمانة (Tidus) والعدالة Justice ، وحسن النية. فإذا ما عجز الفقيه عن سد النقص الموجود في القانون باستعمال طرق التفسير المختلفة لجأ إلى البريتور، باعتباره يتمتع بالسلطة القضائية، لايجاد وسيلة لسد هذا النقص .

وقد ساهمت العدالة في تطوير القانون الروماني وتعديل الكثير من مبادئه (٢). فكانت أداة لتخفيف بعض النظم القانونية القائمة، مثال ذلك : وجود التفرقة بين الروماني والأجنبي في الحقوق والواجبات تفرقة أهدرت فيها شخصية الأجنبي تماماً.

هذه التفرقة - على ما يبدو لأول وهلة - تتعارض مع مبادئ العدالة، والتي تقضى بالمساواة بين الناس، بلا تعصب، أو تمييز، ومن ثم عمد الرومان إلى التخفيف من هذه القواعد بفضل فكرة العدالة، وتم الاعتراف للأجانب ببعض

(١) د. صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص ٢٢ ، هامش (١).

(٢) د. هشام صادق، د عكاشة عبد المال، المرجع السابق، ص ٢٧١ وما بعدها.

الحقوق وصدر بمناسبة هذا التطور مرسوم الإمبراطور كراكلا (Caraculla) عام ٢١٢م ماثلاً الجنسية الرومانية لمعظم طبقات الأجانب، ثم صدر مرسوم جستنيان عام ٣٥٠م حيث محا كل أثر للفرقة بين الأجانب والرومان.

كذلك استخدمت العدالة كأداة لاستحداث نظم قانونية جديدة لم يكن لها من قبل سند من نصوص القانون الروماني كقاعدة التناسب بين الغنم والغرم، حيث بدا للفقهاء الرومان أنه لا يعقل أن يتحمل أحد أطراف العلاقة - في ظل مجتمع منظم متطور - الغرم وحده وأن يستأثر الطرف الآخر بالمغنم وحده، فهذا مما لا تقتضيه قواعد العدالة.

وأخيراً كانت العدالة أداة للتجاوز عن بعض المبادئ القانونية المقررة، وإيجاد الحلول البديلة، فقد كان القانون الروماني معروفاً بشدة قيوده، وتمسكه الشديد بالشكلية، الأمر الذي دعا الفقهاء - بفضل قواعد العدالة - إلى التخلي عن هذه الشكليات والرسميات، بإحلال مبدأ الوفاء بالتعهدات. وكان من أثر ذلك ظهور مبدأ الرضائية في العقود، والتعامل على أساس حسن النية، وجعل العبرة في التصرفات القانونية بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني.

وهكذا توصل الفقهاء الرومان والبريتور إلى تطوير القانون المدني (Jus civile) في معظم أجزائه، بما يتفق مع مقتضيات العدالة وحاجة العمل.

أما التشريع : فإنه يأتي في المرتبة الأخيرة لتطوير القانون الروماني^(١). ويعرف بأنه قاعدة قانونية محددة صادرة عن سلطة مختصة بالتشريع، ويسميه الرومان، " Lex " وقد لعب التشريع دوراً ثانوياً في تطوير القانون الروماني خلال عصره الملكي والجمهوري، حيث يذكر الفقهاء أنه خلال العصر الملكي لم يصدر تشريعات بالمعنى الدقيق، وإنما أوامر دينية ذات طابع خاص، صدرت من الملوك بصفتهم على رأس الكهنة، في حين لم يصدر خلال العصر الجمهوري سوى عدة تشريعات قليلة العدد بالمقارنة مع طول هذا العصر الذي دام قرابة خمسة قرون، وكلها تستهدف تحقيق أغراض اجتماعية واقتصادية.

(١) د. صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ط ١٩٧٥، ص ٣٤٠، د. هاشم

صادق، د. العال، المرجع السابق، ص ٢٩٧ وما بعدها.

على أن دور التشريع في تطوير القانون الروماني بدأ يربو خلال عصر الإمبراطورية العليا، وإن كان مازال ثانوى الأهمية في تطوير هذا القانون، ثم اكتسب أهمية مطلقة خلال عصر الإمبراطورية السفلى^(١)، حيث أصبحت إرادة الإمبراطور هي المصدر الوحيد للتشريع، بل أصبحت هي المصدر الوحيد للقانون في هذا العصر، وكثرت فيه التشريعات حتى سمي بعصر الدساتير الإمبراطورية، وقد جاء بعض هذه التشريعات تقريراً لمبادئ العدالة، والتي سبق أن صاغها البريتور الروماني، كما أن بعضها قد أنشأ قواعد جديدة في صورة قواعد عامة ملزمة.

أثر الحيلة في تطوير القانون الروماني :

يتضح مما سبق أن الحيلة لعبت دوراً هاماً في تطوير القانون الروماني، لم تلعبه أية وسيلة أخرى، فقد كانت عاملاً كبيراً في التخلص من ضيق النصوص، وشدتها كما كان لها الأثر في إرتقاء النظم القانونية في العصور الأولى للدولة الرومانية بل وفي معالجة بعض الصعاب العائلية والاجتماعية في عصورها الحديثة، ولذلك فإن تأثير الحيلة في القانون الروماني القديم أوسع نطاقاً من تأثير الوسائل الأخرى، كما أنه أوضح وأعمق منه في أية شريعة أخرى.

وإذا كانت للحيلة هذه الأهمية في تطوير القانون الروماني، فإن السؤال الذي يطرح نفسه على بساط البحث هو : هل وجدت الحيلة بوجود القانون الروماني؟

للإجابة عن هذا السؤال نجد أن الأهمية التي لعبتها الحيلة في تطوير القانون الروماني، حدت بكثير من الفقهاء إلى القول بأن الحيلة ظهرت مع بداية القانون الروماني، وأن عوامل عدة هي التي ساعدت على وجودها، كما أن ظروف

(١) ينقسم تاريخ القانون الروماني - بالنظر إلى تاريخ روما السياسي إلى أربعة عصور هي :

(أ) العصر الملكي (يبدأ بنبأ روما حتى قيام النظام الجمهوري عام ٥٠٩ ق.م.)

(ب) العصر الجمهوري (٥٠٩ - ٢٧ ق.م.)

(ج) الإمبراطورية العليا (٢٧ ق.م. - ٢٨٤ م.)

(د) الإمبراطورية السفلى (٢٨٤ - ٥٦٥ م.)

انظر في ذلك : د. صوفى أبو طالب، المرجع السابق، ص ٣٠٢.

المجتمع الروماني كانت أرضاً خصبة لنموها، وأن القائمين على تفسير هذا القانون لم يجدوا بداً من الإحتيال على نصوصه بغية تطبيقه على ما يستجد من أحداث لم يرد في القانون نص لها، حتى يتلاءم مع ظروف المجتمع المتجددة والمتغيرة يوماً بعد يوم^(١).

وتأكيداً لهذا الاتجاه الغالب من الفقهاء ذكر البعض أن «الإفتراض - الحيلة - ظهر كوسيلة لجأ إليها الحاكم القضائي الروماني للتغلب على جمود القانون الروماني وشكلته التي كانت طابعاً مميزاً له. كما أن المشرع الروماني نفسه قد اضطر إلى اللجوء إليه في تطبيقات متعددة»^(٢).

ويرجع السبب في ذلك إلى عدة أسباب خاصة لنشأة الحيل في القانون الروماني هي :

(أ) الطبيعة المحافظة للشعب الروماني :

حيث كان هذا الشعب متميزاً بروح المحافظة على التقاليد، والتمسك بما هو مألوف بالرغم مما قد يبدو فيه من قصور، وقد دفعتهم هذه الروح إلى محاولة إيجاد الحلول لكثير من المسائل التي تعرض ولا تسعف النصوص القائمة في حلها.

(ب) ندرة التشريعات :

وهو سبب يتصل بسابقه ويكمّله، ذلك أن المشرع الروماني كان مقلّلاً - إلى حد كبير - في إصدار التشريعات، كما أنه لم يكن يتدخل لتعديل ما هو قائم منها إلا نادراً، مما أجبر القائمون على تفسير القانون وتطبيقه إلى تعديل النظم القانونية القائمة، بالتحيل على النصوص دون المساس بها.

(١) د. علي بلوى، أبحاث التاريخ العام للقانون، ج ١، ط ٤٦، د. عبد الناصر العطار، المرجع السابق، د. محمد كامل مرسى، د. سيد مصطفى، أصول القوانين، ط ١٩٢٣، ص ٢٢٥، د. عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص ٧٥ وما بعدها.

(٢) د. أبو زيد عبد الباقي مصطفى، الافتراض ودوره في تطور القانون، جامعة المنصورة، ١٩٨٠، ص ٣١.

(ج) الطبيعة الخاصة للقانون الروماني :

حيث تميز هذا القانون بعدة خصائص جعلت له طبيعة خاصة، فقد كان يتسم بالشكلية، بحيث يلزم اتباع إجراءات معينة لصحة التصرفات القانونية، كما أنه كان قانوناً ضيقاً وعتيقاً، إلى جانب أنه كان يتميز بالشدّة، وقد أدت هذه الطبيعة بالفقه والحكام القضائيين إلى التحيل على النصوص، باللجوء إلى الافتراض تفادياً للصعوبات التي تؤدي إليها هذه الطبيعة الخاصة.

ومع هذا الاتجاه الغالب نجد أحد الفقهاء يقرر أن « الحيل التي أريد بها تحقيق رغبات، والفوز بآمال، أراد بها أصحابها تكوين حقوق ابتغوها عن طريق ملتو، وبأداة مضطربة، ووسيلة معوجة. هذه الحيل التي توجه بها المحتالون ويبتوها ضد محظورات القانون، وأوامره، وقد جعلوها نفقاً يتسللون في ظلامه إلى ميدان مأمون الجانب كما يظنون، هذه الحيل وجدت مع الخليقة البشرية من عهد خلقها ووجودها في العالم، ومن يوم أن عاش الناس جماعات جماعات، تربطها لحمة الموطن، وسدى اللغة، ورابطة الإحساس الخلقي، والعاطفة الدينية » (١).

وهذا الذي قرره أحد الفقهاء إنما يعني أن الحيلة وجدت قبل وجود القانون الروماني، فهي قديمة قدم الجماعات الإنسانية .

ولقد أراد البعض أن يلمس هذه الحقيقة، فذكر « أن التبع التاريخي للحيل يؤدي بنا إلى القول بأنها ظهرت في الشرائع السابقة على الإسلام » (٢). ويعني

(١) د. عبد السلام ذهني، المرجع السابق، ص ٥٣، د. عدلي أمير، كسب الملكية العقارية بالحيارة، دكتوراه، ١٩٩١، ص ٣٧٢.

(٢) د. أبو زيد مصطفى، المرجع السابق، ص ٦٨، وأرى أن استعمال الألفاظ للتعبير عن مضمون هذا الرأي غير دقيق، فالإسلام هو دين جميع الأنبياء والمرسلين من لدن آدم عليه السلام إلى خاتم الأنبياء، سيدنا محمد ﷺ ولذلك فإن هذا التعبير غير دقيق، وغالب الظن أنه يقصد الشريعة الإسلامية وتدين المذاهب الفقهية، كما ذكرت في المتن (انظر في أصل إطلاق لفظ الإسلام وأنه عام شامل لكل الرسالات السماوية، د. جمال مسعود، د. وفاء جمعة، أخطاء يجب أن تصحح في التاريخ) حيث يذكر أن فيه ما نصه « الإسلام قديم، أسلم الكون حيث لا إنسان، الإسلام قبل الإنسان، يولد الإنسان فيجد الإسلام ملء الكون، خلفه وأمامه، (وقد أخرج المؤلف تحت سلسلة بعنوان: نحو تأصيل إسلامي للدراسات التاريخية) ، جامعة أم القرى، السعودية، ص ١٦ وما بعدها).

بذلك أيضاً أن الحيل ظهرت ووجدت في المجتمعات قبل وجود الشريعة الإسلامية، وتدوين الفقه الإسلامي.

وهذا الرأي مخالفاً لما ذهب إليه البعض الآخر الذي ذكر أن الحيل وجدت مع وجود الفقه الإسلامي، وأنها كانت موجودة عند الإمام أبي حنيفة، بل أنها وجدت قبله عند شيخه حماد، ومن قبله إبراهيم النخعي، غاية الأمر أن الإمام أبو حنيفة توسع فيها فنسبت إليه (١).

رأينا في الأصل التاريخي للحيل :

وإذا كان هذا هو إختلاف الآراء في الأصل التاريخي للحيل، فإن الحقيقة تؤكد أن الحيل قديمة قدم الإنسان، أي أنها وجدت قبل القانون الروماني، كما أنها وجدت قبل وجود الإنسان، حتى في جماعة تتصادم فيها الحقوق والحريات.

ذلك أن الحيلة تعني بدهاء : اتباع طرق خفية بطريق الذكاء والدهاء للوصول إلى أغراض وأهداف معينة ، ما كان يمكن التوصل إليها بغير سلوك هذه الطرق، وهذه صفات وجدت مع وجود النفس البشرية، منذ بدء خلقها وقبل دخولها في جماعات فالنفس البشرية من طبيعتها التبرم والتحول، وهي تسعى جاهدة للوصول إلى أهدافها بكل ما أوتيت من قوة، وتستعمل في سبيل ذلك شتى الوسائل - لا فرق عندها بين وسائل مباشرة وأخرى غير مباشرة، مادامت تحقق الغرض الذي تبغيه، والهدف الذي تنشده، فما تصبو إليه النفس تعمل على تحقيقه، ولو كان ذلك بطريق يصطدم وظاهر النصوص، أو يخالف واقع الحال، بل

(١) د. محمد مصطفى شلي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، ط ١، ١٩٥٦، ص ١٤٩، هذا وقد ذكر البعض أن الحيل الفقهية شراك وقع فيه الفقه الإسلامي، لأنه لم يتنبه أبداً إلى حقيقة القواعد القانونية، ولم يلتفت إلى الأغراض الأصلية التي تستهدفها هذه القواعد وترمي إليه. (الربا والفائدة في الإسلام للمستشار / محمد سعيد المشماوي، دار سينا للنشر، ص ٥٥). وأرى أن هذا كلام فيه تجن كبير على الفقه الإسلامي، واقتيات على فقهاء المسلمين، وإتقاص من قدرهم، وهو لا يعبر عن شيء من الحقيقة، ولو سلمنا بذلك في مجال الحيل المحرمة، فما القول بالنسبة للحيل الجائزة !!!

إن النفس عندما تريد أمراً مخالفاً لنص أو لواقع تعمل جاهدة من أجل لى هذا النص لأغراضها، وإخضاع الواقع لهدفها، فتصبغ على عملها حبكة ظاهرة توهم عدم المخالفة بحال من الأحوال، وهى فى حقيقة أمرها، تضرب بالنصوص عرض الحائط، وتجعلها كرماد اشتدت به الريح فى يوم عاصف، بل إنها تكون أكثر دهاء ومكرأ عندما يكون الهدف المنشود غير مشروع، حيث تصبغ أعمالها بالمشروعية الظاهرة للوصول إلى عدم المشروعية الحقيقية. وتلك طبيعة النفس البشرية التى خلقها الله عز وجل، وصدق الله العظيم إذ يقول : «وما أبرئ نفسي إن النفس لأمارة بالسوء إلا ما رحم ربي» (١)، وهذا ما يؤكد وجود الحيل بوجود الإنسان نفسه.

وعلى ذلك فالقائلون بأن الحيل ظهرت مع بداية الفقه الإسلامى، أو أنها نشأت مع وجود القانون الرومانى، أو أنها وجدت منذ أن عاش الناس جماعات، هو قول بلا دليل، يحتاج إلى دقة، وفحص سديد.

وإذا كنا نقرر هذه الحقيقة وهى أن الحيلة قديمة قدم العالم، بل إنها ملازمة للنفس البشرية، وموجودة داخل النفس منذ بدء الخليقة، فإننا لا نقرر ذلك دونما دليل نستند إليه أو حجة، تقوى وتؤكد هذه الحقيقة.

وبداية نعلم أن القرآن الكريم - وهو كلام الله الخالد - « لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه » (٢)، وفيه نبأ ما قبلنا، وحكم ما بيننا، وخير ما بعدنا، هذا الكتاب ، قص علينا من أنباء السابقين مايدل على وجود الحيل بينهم، وما يؤكد قدمها بقدم الإنسان.

فعلى سبيل المثال : يقص علينا القرآن الكريم حيلة أصحاب السبت فى قوله تعالى «واسألهم عن القرية التى كانت حاضرة البحر إذ يعدون فى السبت إذ تأتئهم حيتانهم يوم سبتهم، شرعاً ويوم لا يستبثون لا تأتئهم، كذلك نبلوهم بما كانوا يفسقون» (٣)، وسمى الله أفعالهم اعتداء، حيث قال فى

(١) سورة يوسف (آية ٥٣).

(٢) سورة فصلت (آية ٤٢).

(٣) سورة الأعراف (آية ١٦٣).

موضع آخر : « ولقد علمتم الذين اعتدوا منكم فى السبت فقلنا لهم كونوا قردة خاسئين » (١).

والمعنى - باختصار - ما ذكره المفسرون سلفاً وخلفاً أن الله أمر اليهود أن يكون عيدهم الجمعة من كل أسبوع، فأبوا إلا السبت، فأجيبوا إلى ما طلبوا وأمروا أن يتفرغوا فيه للعبادة، وحرم الله عليهم صيد السمك فيه، ثم ابتلاههم الله سبحانه وتعالى، فكانت الحيتان تأتيهم شارعة على وجه الماء يوم السبت - الذى حرم فيه الاصطياد - فإذا كان يوم الأحد لزمن سفلى البحر، فلم ير منهم شئ، حتى يوم السبت الذى بعده، وهكذا، وقد ظل اليهود مدة لا يصيدونها فى ذلك اليوم، امتثالاً لأوامر الله، ثم اشتتهتها أنفسهم، فاحتالوا للاصطياد فى السبت بصورة الاصطياد فى غيره، بشتى الحيل التى ظاهرها الامتثال وباطنها التمرد والعصيان.

أما عن الحيل التى استخدموها لانتهاك ما حرم الله فقد اختلفت فيها الراويات وإن كان مردها جميعاً أمراً واحداً أو ضابطاً واحداً، وهو أنهم أتوا من الأسباب الظاهرة ما يوحى بالامتثال فى حين أنه يتضمن فى حقيقة الأمر تعاطى الحرام.

وعن هذه الحيل قيل بأنهم وضعوا الشصوص والحبائل والبرك قبل يوم السبت، فلما جاءت الحيتان - السمك - يوم السبت على عادتها فى الكثرة نشبت بتلك الشصوص والحبائل ووقعت فى تلك البرك، فلم تخلص منها يومها، فلما كان الليل أخذوها بعد إنقضاء السبت (٢).

وقيل بأنهم يعدون آلات الصيد يوم السبت، وهم مأمورون بالألا يشتغلوا فيه بغير العبادة، وعلى ذلك يكون معنى قول الله تعالى : « يعدون فى السبت » من الإعداد، وقيل من الاعتداء بمعنى « يعتدون » حيث ادغمت التاء فى الدال ونقلت حركتها إلى العين (٣).

(٣) سورة البقرة (آية ٦٥).

(١) تفسير ابن كثير، ج ١، ص ١٠٥، ج ٢، ص ٢٥٦.

(١) الفخر الرازى فى التفسير الكبير، ط ٢، ج ١٥، ص ٣٦.

وقيل أنهم تطرقوا إلى المعصية، بأن حفروا حفراً يخرج إليها ماء البحر على أخذود، فإذا جاء الحوت يوم السبت، ووقع في الحفرة ألقيوا في الأخدود حجراً، فلا يستطيع الحوت الخروج من الحفرة إلى البحر مرة أخرى، فإذا كان الأحد أخذوه، فكان هذا أول التطريق.

وقيل كان الرجل منهم يأخذ خيطاً، ويضع فيه وهقة ويلقيها في ذنب الحوت وفي الطرف الآخر من الخيط يثبت وتداً، ويتركه كذلك إلى أن يأخذوه يوم الأحد ثم تطرق الناس حين رأوا من يصنع ذلك ولا يتلى، حتى كثر الصيد، ومشى به في الأسواق، وأعلن الفسقة بصيده، وقالوا ذهب حرمة السبت (١). وقيل أيضاً أن الشيطان، اتهم فقال: إنما حرم عليكم أكل السمك يوم السبت، فاصطادوها يوم السبت، وكلوها فيما بعده، ففعلوا - ومعنى هذا القول أنهم تأولوا تحريم الصيد بتحريم الأكل.

وهذه روايات مختلفة ينبغي أن لا يكون بينها منافاة، لجواز أن يكون المعتدون قد تفتنوا في أنواع الإحتيال وطرق المكر - وهم أصله وبيته - فاختصت كل طائفة منهم بحيلة، أو أنهم فعلوا هذه الحيل ولكن في أزمنة مختلفة، فلا ينبغي أن نجعل من إختلاف الروايات اضطراباً يذهب بشبوتها، لما تقرر بين علماء الحديث أن الاضطراب مشروط بتكافؤ الروايات في القوة، وتعذر الجمع بينها، وهنا لم يتعذر الجمع، بل أمكن بدون تعسف بطريق من الطريقين السابقين (٢).

ولا يقال أن إستحلالهم الصيد في اليوم الذي حرم عليهم الإصطياد فيه إنما كان تكذيباً لموسى عليه السلام، وكفراً بالتوراة، وإنما هو إستحلال تأويل وإحتيال ظاهره الإنقاء، وحقيقته الإعتداء، ولهذا مسخهم الله قرده - على إختلاف بين المفسرين في كيفية المسخ - ورتبه على إعتدائهم في يوم السبت.

(١) البحر المحيط لابن حبان، المجلد الرابع، ص ٤١٠، ٤١١، تفسير الخطيب الشربيني، المسمى بتفسير السراج المنير، ج ١، ص ٥٠٨، ٥٠٩، الكشف للزمخشري، ج ٢، ص ١٢٥، ١٢٦، فتح القدير للشوكاني، ج ١، ص ٩٥، ٩٦.

(٢) د. محمد عبد الوهاب بحيري، الحيل في الشريعة الإسلامية، وشرح ماورد فيها من الآيات والأحاديث، ط ١، ١٩٧٤، ص ٤٤.

ومن هذا المثال وغيره - ما سنبينه في موضعه ، إن شاء الله - تتضح تلك الحقيقة التي أوضحناها وهي قدم الحيلة قدم النفس البشرية نفسها. وإذا كانت الحيلة بهذا الوضع من أصلها التاريخي فإنه ينبغي أن نعرف ماهي الحيلة التي ترجع في أصولها التاريخية إلى ماضٍ حقيقٍ، ثم مدى مشروعية الحيل من عدمه، وآثارها. وهذا ما سنوضحه - إن شاء الله - في فحوى هذا المؤلف.

الباب الأول

تعريف الحيلة فى القانون المدنى والفقہ الإسلامى

وتمييزها عما يشتهب بها

تمهيد وتقسيم :

لكل شئ طبيعته التى يتصف بها، وحقيقته التى يقوم عليها، وبالتالى تكتمل جوانبه، وتتحدد خصائصه، وتتضح معالمه، فيأخذ شكله العام، ومظهره الذى يعبر عن هذه الحقيقة، وتلك الطبيعة، وبهذا تختلف الأشياء، وتتميز عن بعضها.

والحيلة - كفكرة - لها حقيقتها التى تقوم عليها، وطبيعتها التى تتسم بها، وبالتالى فإنه ينبغى إلقاء الضوء على حقيقتها من خلال تعريفها، وتمييزها عما يشتهب بها، سواء فى ذلك، القانون المدنى أو الفقہ الإسلامى.

ولذلك فسوف أعقد لهذا الباب فصلين، أتناول فيهما تعريف الحيلة وتمييزها عما يشتهب بها فى القانون المدنى والفقہ الإسلامى، بحيث يكون الفصل الأول منهما فى تعريف الحيلة، وتمييزها عما يشتهب بها فى القانون المدنى، وأن يكون الثانى فى تعريف الحيلة وتمييزها عما يشتهب بها فى الفقہ الإسلامى، خاتماً هذا الباب باستخلاص ومقارنة بين الفقہ الإسلامى والقانون المدنى، من حيث تعريف الحيلة، وذلك على النحو التالى :

الفصل الأول : تعريف الحيلة وتمييزها عما يشتهب بها فى القانون المدنى.

الفصل الثانى : تعريف الحيلة وتمييزها عما يشتهب بها فى الفقہ الإسلامى.



الفصل الأول

تعريف الحيلة في القانون المدني

وتمييزها عما يشبه بها

تمهيد وتقسيم :

لم يعرف القانون المدني الحيلة بمعناها العام، وإنما ذكرها في بعض الجزئيات كتطبيقات لبعض المبادئ، كما هو الحال عندما يتكلم عن الحيل القانونية كأحد طرق الصياغة في العصر الحديث، وكما يذكر الحيل التدليسية كجوهر لوجود التدليس وأخيراً كما يتكلم عن الصورية ويوضح أنها مبدأ يستند إلى إرادة أطراف التعاقد.

غير أن هذه التطبيقات جميعها يشملها معنى واحد، وهي أن الحيلة في كل هذه التطبيقات ماهي إلا مخالفة سواء للقانون، أو للواقع، أو لإرادة الطرفين في العقد، ولذلك يمكن إستنباط تعريف عام للحيلة في القانون، وذلك بعد إستعراض معناها في هذه الجزئيات.

هذا وقد تختلط الحيلة مع نظائرها مما يشابهها في كل جزئية من الجزئيات السابقة، مما يوجب ضرورة التمييز بينها وبين ما يشابهها، حتى يستقيم معناها ولا تختلط بغيرها.

ولذلك فسوف أقسم هذا الفصل إلى مبحثين، أجعل الأول منهما في تعريف الحيلة، في القانون المدني، وأتناول في الثاني تمييز الحيلة عما يشبه بها من معان وذلك على النحو التالي :

المبحث الأول : تعريف الحيلة في القانون المدني.

المبحث الثاني : تمييز الحيلة عما يشبه بها.

المبحث الأول تعريف الحيلة في القانون المدني

تمهيد وتحديد :

تمر القاعدة القانونية بعدة مراحل لكي تصبح تشريعاً ملزماً، فهي تبدأ كفكرة يراد إدخالها في النظام القانوني، هذه الفكرة تدخل مرحلة الموافقة عليها - أو الإقتراع بالموافقة عليها -، ثم يعقب ذلك مرحلة التصديق عليها - أو عدم الاعتراض عليها - من قبل رئيس الجمهورية ليأتي دور نشرها ونشرها ليحاط الكافة علماً بمضمونها.

وهذه القاعدة التي أريد إدخالها في النظام القانوني، تستمد كيانها في أولى مراحلها من مصدر مادي (Source materielle) هو ذلك الينبوع الذي تستقي منه موضوع القاعدة أهم مادتها، كحاجة الجماعة، وظروفها الاقتصادية والسياسية، والاجتماعية، وتقاليدها، وعاداتها، وأخلاقيها، وديانتها ... إلخ^(١)، فمضمون هذه القاعدة هو ما يطلق عليه أساسها أو جوهرها.

وأساس القانون أو جوهر القاعدة القانونية لم يكن محل إتفاق بين فقهاء القانون على مر العصور، بل اختلفت وجهات نظرهم بشأن تحديد أساس القانون.

فمنهم من ذهب إلى أن أساس القاعدة القانونية وجوهرها إنما هو مستمد من المثل العليا التي يكشف عنها العقل، وهو ما يسمى بالإتجاه المثالي أو المدرسة المثالية، أو مدرسة القانون الطبيعي، ومنهم من رأى أن جوهر القاعدة القانونية لا يقوم إلا على الحقائق التي تزخر بها الحياة الاجتماعية، وهو ما يسمى بالإتجاه الواقعي أو المدرسة الواقعية، ومنهم من حاول التوفيق بين الإتجاهين السابقين والجمع بينهما، فرأى أن القاعدة القانونية من حيث الجوهر تتكون من أصول أربعة، هي الأصول الواقعية، والأصول التاريخية، والأصول العقلية، والأصول

(١) د. أحمد سلامة، المدخل لدراسة القانون، دار النهضة العربية، ١٩٧٨، ص ١٠٣.

المثالية، ولذلك يسمى هذا الاتجاه، بالاتجاه المختلط أو التعادلي^(١) وصاحب هذا الاتجاه فى الحقيقة هو الفقيه الفرنسى «فرانسوا جيني» وقد نص على مذهبه ذلك فى كتابه «العلم والصياغة فى القانون الوضعى الخاص» وهو مؤلف من أربعة أجزاء، وقد عرض نظريته فى الجزء الثانى منه^(٢).

ويقصد بالأصل كل عنصر يسهم فى تكوين، أو توجيه القاعدة القانونية، أو التأثير عليها، إلا أن تأثير الأصول العقلية على تكوين القاعدة القانونية أقوى من غيرها من الأصول، ويأتى فى المرتبة الثانية الأصول التاريخية، أما الأصول المثالية فهى التى تسمى بالقانون نحو الأخلاق الفاضلة والعدل المطلق^(٣).

وقد يحدث أن تستقى مادة القاعدة من قانون معين، كما هو الشأن عندما أخذ القانون المصرى عن القانون الفرنسى والشرعة الإسلامية، وبذلك يكون مصدر هذه القواعد هو القانون الفرنسى أو الشرعة الإسلامية، ولكن يتخصص المصدر المادى فى هذه الحالة بتسمية أخرى هى المصدر التاريخى (Source historique) ولهذا يقال أن القانون الفرنسى، والشرعة الإسلامية مصدران تاريخيان بالنسبة لما نقله عنهما قانوننا.

وبهذا يقدم لنا المصدر المادى موضوعاً، أو فكرة تكون فيما بعد قاعدة قانونية، بعد مرورها بمراحلها المختلفة - السابق الإشارة إليها - لتصبح قانوناً ملزماً، هذا الموضوع أو هذه الفكرة تصنعها السياسة القانونية، ولكن هذه السياسة لاتصنع القانون ذاته، أما الذى يصنع القانون فهى وسائل الصياغة الفنية^(٤).

(١) د. حمدى عبد الرحمن، فكرة القانون، دار الفكر العربى، ١٩٧٩، ص ٤٤.

(٢) د. حمدى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٩٥، هامش (١).

(٣) (راجع نظرية جيني بالتفصيل : د. حمدى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٩٤ وما بعدها، د. سليمان مرقس، موجز المدخل للعلوم القانونية، ط ١٩٥٣، ص ٢٣٢ وما بعدها، د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، ط ٥، ١٩٧٤، منشأة المعارف، ص ١٤١ وما بعدها، د. شمس الدين الوكيل، النظرية العامة للقانون، ط ١، ص ٢٢٠، وما بعدها، د. مختار القاضى، أصول القانون، ط ٣، ص ٧٣ وما بعدها).

(٤) د. سمير تناغر، النظرية العامة للقانون، الكتب القانونية، ١٩٨٥، ص ٣٦٢.

ولهذا كان لابد لهذه الفكرة أن تمر بمصدر رسمي (Source formelle) لتنتقل من قواعد السلوك العادى إلى نطاق القانون الوضعى، هذا المصدر الرسمى مرتب فى القانون على سبيل الحصر، فهو إما التشريع، أو العرف، أو مبادئ الشريعة الإسلامية، أو مبادئ القانون الطبيعى، وقواعد العدالة (م ٢/١)

ولا توجد صعوبة إذا كان هذا المصدر هو العرف - لأن الفكرة تصاغ فى هذه الحالة فى الشكل الذى تعارف عليه الناس، وأيضاً إذا كان مبدأ من مبادئ الشريعة الإسلامية، حيث تكون الفكرة مصنوعة منذ هبوطها، وحيا من السماء سواء كان باللفظ - كالحديث القدسى - أو بالمعنى - كالحديث النبوى - أو باللفظ والمعنى معاً - كالقرآن الكريم^(١). وكذلك إذا كان مبدأ من مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة، لأنها أفكار مستوحاة من الطبيعة، ومثل عليا تقتضيها العدالة.

أما إذا كان هذا المصدر تشريعاً، فإن الفكرة تمر بمرحلة وسطى، حيث غالباً ما تكون محاطة بنوع من الغموض أو التعميم، بحيث يبدو تطبيقها على الأفراد أمراً عسيراً، وحتى يتضح مضمونها فتكون صالحة للتطبيق، يجب أن تدخل فى الصناعة القانونية، فتصاغ بشكل أو بآخر لتصبح قاعدة تشريعية.

ومعنى ذلك أن الصناعة القانونية، أو الصياغة القانونية لابد منها كمرحلة لازمة للقواعد التشريعية، باعتبارها ناشئة لأهم القواعد القانونية المكتوبة^(٢) فكان الهدف منها تحويل الفكرة - كمادة أولية - إلى قاعدة قانونية عن طريق وضعها فى ألفاظ معينة، هذه الألفاظ التى تتكون منها القاعدة القانونية قد تأتى مرنة،

(١) د. حسن على الشاذلى، المدخل للفقهاء الإسلامى، مطبعة السعادة ١٩٧٧، ص ٣٨٢، وفيه إجماع أهل العلم على كون اللفظ فى الحديث النبوى من عند رسول الله صلى الله عليه وسلم، ولكنهم اختلفوا فى الحديث القدسى فمنهم من قال إن لفظه من عند الله، ومنهم من قال لفظه من عند رسول الله صلى الله عليه وسلم.

(٢) د. حمدى عبد الرحمن، فكرة القانون، المرجع السابق، ص ١٤١، وللمؤلف نفسه، مبادئ القانون، دار الفكر العربى، ط ١، ١٩٧٥، ص ٣٦ وما بعدها، د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ١٢٢، د. سمير تناغو، المرجع السابق، ص ٢٩٣

ترك مجالاً للتقدير، وقد تأتى منضبطة، لاتترك هذا المجال، وفي الحالة الأولى يقال أن الصياغة مرنة، وفي الثانية يقال أنها جامدة، ومرونة الصياغة تتأى بأحد طريقتين (١):

الأول : أن تتضمن القاعدة معياراً مرناً ينطوى فى تحديده على كثير من التقدير، ولقد تضمن القانون المدنى الجديد كثيراً من المعايير المرنة التى تعطى مجالاً واسعاً للتقدير، فتتفاوت الحلول التى تؤدى إليها، بتفاوت الظروف التى تطبق فيها، ومن هذه المعايير : معيار « الغلط الجوهري » حيث يقضى القانون بأنه «الغلط الذى يبلغ حداً من الجسامة، بحيث يمتنع معه التعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع فى هذا الغلط » (م ١٢١ / ١). وواضح مدى مرونة هذا المعيار، حيث تقدر الجسامة - الناتجة عن الوقوع فى الغلط - تبعاً لظروف العقد، وما أحاط المتعاقدان من ملاسات، وكذلك أيضاً معيار « التدليس الجسيم » حيث يقضى القانون بأنه «لايجوز إبطال العقد للتدليس إلا إذا كانت الحيل التى لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثانى العقد» (م ١٢٥ / ١). وكذلك معيار « النظام العام أو الآداب » وهو معيار مرن بطبيعته لأنه يختلف باختلاف الزمان والمكان. ويلاحظ أن هذه وغيرها معايير مرنة ترك مجالاً واسعاً للتقدير عند تحديد المقصود بها.

الثانى : ما يعطى للقاضى من سلطة تقديرية فى تحديد مضمون الوقائع المعروضة عليه. ولقد أكثر منها القانون المدنى فى ظل الاتجاه إلى إعطاء القاضى أكبر قدر من الحرية تحت شعار إستقلال القضاة، ومن الأمثلة على ذلك السلطة التقديرية التى أعطاها القانون للقاضى فى تقدير التعويض المستحق للشخص المضرور، فى حالة تجاوز القدر الضرورى للدفاع الشرعى، حيث يكون المتجاوز ملزماً بتعويض، يراعى فيه مقتضيات العدالة (م ١٦٦). وأيضاً ما يقرره القانون من أن « من سبب ضرراً للغير ليتفادى ضرراً أكبر محدقاً به أو بغيره لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذى يراه القاضى مناسباً » (م ١٦٨). وقد ينص القانون على حد أدنى

(١) د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ١٢٢ ومابعدها، د. سمير تناغور، المرجع السابق، ص

للعقوبة وحد أقصى لها، تاركاً للقاضي حرية إختيار ماينهما ليكون عقوبة مناسبة وفقاً لمقتضيات العدالة، وظروف القضية المعروضة، وهذا ما يحدث غالباً في العقوبة المنصوص عليها في المواد الجنائية وقواعد قانون العقوبات، ولا يخفى على أحد مدى المرونة التي تشملها هذه النصوص.

هذه الصياغة المرنة لازمة لتطور الحياة، ومسايرة ركب التقدم، الذي أصبح الآن في عالمنا المعاصر أحد الشعارات الهامة التي ينادى بها رجال القانون، وبغير ذلك يظل القانون قابلاً في صومعته، عاجزاً عن ملاحقة التطور والتقدم، الذي يصيب المجتمعات الآن كل صباح.

أما الصياغة الجامدة فإنها لا تترك مجالاً للتقدير مثل الذي تتركه الصياغة المرنة، بحيث لا يختلف إثنان في تحديد مضمون القاعدة ولا في ملائمة حكمها ومن أمثلة الصياغة الجامدة تلك القاعدة التي تحدد سن الرشد بإحدى وعشرين سنة، وكذلك مواعيد الطعن في الأحكام، وقاعدة الميراث للذكر مثل حظ الأنثيين^(١) وغير ذلك مما يحدد مضمون القاعدة بتقدير معين، لا يكون محلاً للإجتهد والتأويل.

ولا شك أن لكل من الصياغة المرنة، والجامدة عيوباً ومزايا^(٢). فالصياغة المرنة، تؤدي إلى أن يتمكن القاضي من الملاءمة بين حكم القانون وظروف الوقائع المعروضة عليه، وبالتالي يأتي بالحل المناسب، حيث يصدر حكمه متفقاً مع العدالة، ولكن يعاب عليها عدم معرفة الأفراد مسبقاً - على وجه اليقين - حكم القانون الذي سيطبق عليهم، وأيضاً قد تؤدي هذه الصياغة إلى تأخير الفصل في المنازعات، لأن القاضي يبذل جهداً كبيراً في الموازنة بين الظروف المعروضة، وأحكام القانون، مما يأخذ منه وقتاً طويلاً.

(١) سورة النساء (١١).

(٢) انظر في مزايا وعيوب الصياغة المرنة والصياغة الجامدة، د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ١٢٢ - ١٢٣، د. سمير تناغو، المرجع السابق، ص ٥١، بند ١٧، د. مصطفى محمد الجمال، د. عبد الحميد محمد الجمال، النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية، ١٩٨٧، ص ٧١ - ٧٤.

وما يعد ميزة للصياغة المرنة هو في الوقت ذاته عيباً للصياغة الجامدة، فالقاضي معها لا يتمتع بالحرية التي تكفل له الحكم بما يتفق ومقتضيات العدالة - لمراعاته لظروف القضية وملابساتها - . وبالعكس أيضاً فإن عيوب الصياغة المرنة هي ذاتها مزايا الصياغة الجامدة، ففيها يعرف الأفراد مقدماً - وعلى وجه اليقين - حكم القانون الذي ينطبق عليهم، مما يشيع في نفوسهم الطمأنينة والاستقرار، وأيضاً تمكن الصياغة الجامدة القاضي من سرعة الفصل فيما يعرض عليه من قضايا، لأنه لا يعمل فكره ولا يذلل جهداً في الوصول إلى حكم القانون - الواجب التطبيق - لأنه محدد تحديداً لا يدع للقاضي مجالاً للتقدير.

وعلى هذا الأساس فإن الصياغة هي التي تحول المادة الأولية للقاعدة القانونية إلى ألفاظ مكتوبة يتحدد بمقتضاها مضمون وهدف هذه القاعدة. وبدون هذه الصياغة تظل الفكرة بعيدة عن حظيرة القانون، ليست إلا تعبيراً عن سلوك معين غير ملزم للأفراد.

والصياغة في الفقه المصري إما أن تكون مادية، يتدخل فيها المشرع الوضعي بإحلال ألفاظ مكان أخرى، أو بإنشاء ألفاظ جديدة، كما في حالة الصياغة بإحلال الكم محل الكيف والصياغة عن طريق الشكل، أو الصياغة الشكلية، وإما أن تكون الصياغة معنوية، نظراً لوجود اعتبارات راعها المشرع الوضعي أثناء وضعه لألفاظ القانون ومواده. كما هو الشأن في الصياغة عن طريق القرائن القانونية، والصياغة بطريق الحيل القانونية.

ولقد استهدف المشرع الوضعي من وراء طرق الصياغة هذه انضباط حكم القاعدة القانونية، وسهولة تطبيقها، ويسر إثباتها، فمثلاً يقصد بالصياغة الكمية أو إحلال الكم محل الكيف : التعبير عن القيمة التي تحملها القاعدة القانونية تعبيراً رقمياً ثابتاً، مما يسهل من تطبيق القاعدة في العمل، ويحول دون الخلاف على ما يخضع لها من فروض، مثال ذلك القاعدة التي تحدد سن الرشد بإحدى وعشرين سنة ميلادية، فتحديد القاعدة على هذا

النحو تحديد رقمي «كمي» والهدف منه إنضباط هذه القاعدة، ذلك أنه يجوز للإنسان مباشرة حقوقه المدنية إذا كان مميزاً بحيث تتوافر لديه القدرة على إدراك ما يحقق مصلحته، سواء بجلب النفع له أو بدفع الضرر عنه، وبالإستقراء وجد أن صياغة قاعدة قانونية على هذا النحو «كيفي» لا يمكن إنضباطها. ذلك أن الإنسان يولد عديم التمييز، ثم يكتسبه شيئاً فشيئاً كلما تقدم به العمر، حتى يصل إلى وقت معين يكمل لديه - فيه - الإدراك، والتمييز، وهذا الوضع يختلف من شخص إلى آخر، فالإدراك لا يتحقق لجميع الناس في وقت واحد، فإذا ما طبقت القاعدة على هذا النحو فإنه يتعين القول بأن سن الرشيد هو السن الذي يبلغ الإنسان فيه - وفقاً لظروفه - تمام الإدراك والتمييز، وبالتالي يبحث في حالة كل شخص على حدة - مما يشير صعوبات عملية قد تعدم الفائدة المرجوة من صياغة القاعدة القانونية، ولذلك يلجأ المشرع الوضعي في مثل هذا الفرض إلى تحديد سن معين، متى بلغه الشخص كان كامل الإدراك والتمييز، فيكون صالحاً لمباشرة الحقوق والواجبات، ومن ثم يكتسب أهلية أداء كاملة. وهو بفعلته هذه يحقق للقاعدة الإنضباط وسهولة التطبيق، وإن شذ عن هذه القاعدة بعض الأشخاص، فإن هذا قليل نادر، والعبرة بالكثير الغالب، لا بالقليل النادر.

وعلى ذلك فإحلال الكم محل الكيف - من حيث الصياغة - له أهمية وفائدة عملية إبتغاهها المشرع الوضعي من وراء إستخدامه لهذه الصياغة.

- وأيضاً فإن الصياغة الشكلية يلجأ إليها واضعو القانون من أجل التنبيه إلى خطورة بعض التصرفات، ففيها يتم الربط بين القيمة التي يراد للقاعدة القانونية أن تحملها، وبين مظهر خارجي محدد يتعين على الأفراد إتباعه في تصرفاتهم، للوقوف على خطورتها، وإمكان إثباتها، والإحتجاج بها على الغير.

ومن أمثلة الصياغة الشكلية ما تقررته القاعدة القانونية التي تقضي بأن هبة العقار لا تتم إلا بورقة رسمية، وإلا كانت باطلة (م ١/٤٨٨). فالقيمة المستفادة

من هذه القاعدة هي وجوب تروى الواهب قبل الإقدام على الهبة، ولما كان هذا الأمر صعباً إثباته - لأنه عنصر نفسى داخلى - أقام المشرع الوضعى جملة من الأشكال، على الواهب أن يقوم بها، حتى تصح هبته، وتعطى فى ذات الوقت مايدل على ترويه قبل إقدامه على هذا التصرف، ومثل هذه القاعدة - فى شكليتها - ، إجراءات تسجيل نقل الملكية، فكلها إجراءات شكلية قصد بها التحقق من خطورة وأهمية التصرفات المراد إبرامها.

أما الصياغة عن طريق القرائن، فإنه يقصد بها : إفتراض قيام أمر معين لايمكن العلم به علماً يقينياً، إستناداً إلى توافر أمر آخر يمكن العلم به علماً يقينياً، بجامع أن المالكوف هو إرتباط الأمرين معاً وجوداً وعدماً، وذلك كإفتراض تمام النضج العقلى - وهو ما لايمكن العلم به علماً يقينياً - إستناداً إلى بلوغ الشخص إحدى وعشرين سنة - وهو مايمكن العلم به علماً يقينياً، ولهذا فإن القرينة تتكون فى الأصل من عنصرين : واقعة أصيلة، وأخرى يفترض فيها تحققها بتحقيق الواقعة الأولى، وذلك عن طريق الإستنباط، وهذا مايفعله المشرع الوضعى مسبقاً عندما يذكر قاعدة عامة دون نظر إلى الحالات التى تطبق فيها بالذات.

ويلاحظ أن الصياغة عن طريق القرائن لها أهمية خاصة فى بناء القاعدة القانونية فضلاً عن أهميتها بالنسبة لتيسير الإثبات، فمثلاً يعتبر الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة عليه ما لم يقم دليل على عكس ذلك (م ٥٨٧) ولا يخفى على أحد ما تتضمنه هذه القرينة من سهولة فى الإثبات، ويسرفى الإجراءات، فضلاً عن المشتغلين بالقانون.

وأخيراً تأتى الصياغة عن طريق الحيل القانونية، ويقصد بها : إعطاء وضع من الأوضاع وصفاً مخالفاً للحقيقة، توصلاً إلى ترتيب أثر قانونى معين يرتبط بهذا الوصف. من ذلك مثلاً : اعتبار المنقولات المخصصة لخدمة عقار معين بمثابة عقارات، وتسميتها عقارات بالتخصيص، توصلاً إلى تطبيق نظام العقارات عليها، وكذلك إعتبار العقارات المعدة للتحويل إلى منقولات بمثابة

منقولات بالفعل، وتسميتها بالمنقولات بحسب المال توصلنا إلى تطبيق نظام المنقولات عليها^(١).

ومن هذا يتضح أن الحيلة طريق من طرق الصياغة، يلجأ إليها المشرع الوضعي، وهو في سبيل وضعه للقواعد القانونية، وهي وإن كانت أقل طرق الصياغة لجوءاً إليها - لأنها كذب على الواقع وإنكار له - إلا أنها لها الفضل في حل كثير من المشاكل كاغتبار المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه بالقسمة منذ أن تملك في الشيوع وأنه لم يملك غيرها في بقية الحصص خلافاً للحقيقة، وذلك توصلنا إلى حماية كل متقاسم من تصرفات الآخر، في شأن الجزء الذي آل إليه بعد القسمة. وأيضاً فإن إضفاء الشخصية المعنوية على مجموعة الأشخاص أو الأموال التي تثبت لها الشخصية الاعتبارية بمقتضى نص في القانون (م ٥٢ / ٦). تذلل كثيراً من الصعوبات في الحياة العملية، وكذا إضفاء هذه الصفة على الجمعيات والمؤسسات المنشأة وفقاً لأحكام القانون، ما هي إلا حيلة قانونية لتذليل الصعوبات العملية^(٢).

وهي فضلاً عن ذلك لها أهميتها القصوى في الشرائع القديمة - خاصة القانون الروماني - لدرجة أنها لعبت دوراً كبيراً في تطور هذا القانون لم تلعبه أية وسيلة أخرى - على نحو ماسبق - ومع ذلك فإنه تضاعف اللجوء إليها حديثاً، لإنكارها للواقع، بحيث أصبحت من الوسائل غير المرغوب فيها. ولا يلجأ إليها إلا في حالة العجز القانوني عن اللجوء إلى طريقة أخرى من طرق الصياغة، ويلاحظ أنه كلما تقدم علم القانون، كلما أمكن الإستغناء عنها كطريق من طرق الصياغة.

-
- (١) راجع في المقصود من طرق الصياغة وأهدافها: د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ١٢٣ - ١٢٦، د. مصطفى الجمال، د. عبد الحميد الجمال، المرجع السابق، ص ٦٤ - ٧١، د. سمير تناغو، المرجع السابق، ص ٣٧٨ - ٤١١.
- (٢) يذهب الدكتور / وجدي راغب فهمي إلى أن فكرة الشخصية الاعتبارية - في الفروض المذكورة - لا تعبر عن حيلة قانونية، أو حقيقة مادية، وإنما هي حقيقة قانونية، (انظر في ذلك: دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، ص ١٨ (١٩٧٦)، ص ١٣٣).

- هذا بالنسبة للقاعدة القانونية في أول مراحلها ، فإذا ما تمت صياغتها، ومرت بمراحلها، بأن قام بناؤها، واستوى عودها، أصبحت واجبة التطبيق لتنظيم سلوك الأفراد في المجتمع.

- هذه القاعدة في مجال تطبيقها على الأفراد، أما أن تنشئ حقاً، أو تفرض واجباً، لأن كل حق يقابله الإلتزام بواجب، فمثلاً حق الشخص في الحياة يقابله واجب «الإلتزام» عدم الإعتداء على الآخرين، وحق الشخص في ملكية عين يقابله التزام بأداء ثمن هذه العين ... وهكذا، فهما وجهان لعملة واحدة.

هذا الإلتزام المقابل للحق له مصادر في القانون، يأتي في مقدمتها «العقد» الذي هو ارتباط القبول بالإيجاب على وجه يثبت أثراً قانونياً في المحل المعقود عليه، فهو ارتباط ارادتين توافقتا على إحداث أثر قانوني، وبالتالي فإن الإرادة هي قوام العقد في فقه القانون، وإتجاه الإرادة إلى الإرتباط مع إرادة أخرى يعنى رضاء صاحب الإرادة عن هذا الإرتباط، ولذلك ، كان الرضا، والمحل، والسبب من أركان العقد في فقه القانون، إلا أن المحل ركن في الإلتزام الذي ينشأ من العقد - لا في العقد ذاته - (١).

هذا ويعتبر فقه القانون كمال أهلية المتعاقدين، وسلامة الرضا من العيوب شروطاً لصحة التعاقد، فلا يكتمل التراضي إلا إذا كان سليماً من العيوب (٢) فإذا ما شاب إرادة أحد المتعاقدين عيب - في علاقة تعاقدية - كان هذا العقد قابلاً للإبطال لمصلحة من شاب العيب إرادته، فمثلاً لو وقع أحد المتعاقدين في غلط كان العقد قابلاً للإبطال بالنسبة له (م ١٢٠)، وكذلك إذا كان مكرهاً على العقد (م ١٢٧)، وأيضاً إذا وقع أحد المتعاقدين - تحت تأثير تدليس من المتعاقد الآخر - في غلط فإنه لا يجوز له أن يطلب إبطال العقد إلا إذا كانت الحيل التي لجأ إليها المتعاقد الآخر أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد (م ١/١٢٥).

(١) د. عبد الرزاق، السنهوري، الوسيط، ج ١، ط ٣، دار النهضة العربية، ١٩٨١، ص ٢٠.
(٢) د. عبد الناصر توفيق العطار، نظرية الإلتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، مطبعة السعادة، ١٩٧٥، ص ٣٤.

وهكذا نرى الحيل عنصرأ جوهريأ فى واقعة التدليس، يجوز طلب إبطال العقد بناء عليها. وهى ماتسمى بالحيل التدليسية.

وقد يتفق الطرفان على إخفاء حقيقة ما تعاقدنا عليه، وإظهار أمر آخر، كما لو كان العقد هبة مستترة بين المتعاقدين، وأظهرا أن العقد بيع - هربأ من الشكليات التى يتطلبها القانون فى الهبة (م ١/٤٨٨) فإننا نكون أمام ضرب من ضروب الحيلة التى يقوم بها الأشخاص وهى الحيل بطريق الصورية، التى تعنى وجود عقدين أحدهما حقيقى مستتر، لا علم به إلا للطرفين، والآخر صورى ظاهر، وهو الذى يتعامل به المتعاقدان فى مواجهة الكافة.

من هذا العرض السابق يتضح أن الحيلة فى القانون، يختلف مدلولها بحسب مصدرها، والغاية منها. لأنها إما أن تكون من المشرع الوضعى بهدف الإلتجاء إلى صياغة خاصة للقانون، أو العمل على تطويره، فهذه هى الحيل القانونية (Fictions de droit)، وأما أن تكون من الأفراد، وهذه إما أن تكون من طرف على آخر بهدف إيهامه غير الحقيقة، فهى الحيل التدليسية (Monoeuvres dolosivesz)، وإما أن تكون باتفاق الطرفين معأ لإخفاء حقيقة يقصدانها، فهى الحيل بطريقة الصورية (Simulation).

ولذلك فإنه يتمين علينا - ونحن بصدد تعريفنا للحيلة فى القانون المدنى - أن نقيم التعريف الواضح لكل من هذه المسميات، ثم نستخلص التعريف العام للحيلة فى القانون المدنى، وذلك فى ثلاثة مطالب متتالية على النحو التالى :

المطلب الأول

الحيل القانونية (Fictions de droit)

الحيل القانونية، هي إفتراض أمر مخالف للواقع يترتب عليه التغيير في حكم القانون دون التغير في نصه، فهي أمر يعتبر أنه مطابق للحقيقة، ولكنه في الواقع غير ذلك، لأنها إفتراض من شأنه إخفاء أمر واقعي، وهو أن القاعدة القانونية الموجودة لم يحصل فيها تغيير، مع أنه يتغير حكمها، وإن كان لا يتغير لفظها^(١)، فهي كذب على الواقع وتزوير به^(٢).

فمثلاً ينص القانون على أنه «يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن تمتلك في الشيوع وأنه لم يملك غيرها، شيئا في بقية الحصص» (م ٨٤٣) فلننظر يعتبر الوارد في بداية النص يعني بداهة أن هذا إفتراض من صنع واضعي القانون، وأن هذا الإفتراض فيه مخالفة للواقع، لأن الشيوع بين الشركاء وقع وتم بما لا يدع مجالاً للشك، ولكن المشرع أراد بهذا النص أن يلغى كل أثر للشيوع في حالة القسمة، وأن كل شريك كان قد تصرف في شيء من الشيوع يعتبر كأنه قد تصرف في الحصة التي آلت إليه، حتى لا ينفذ تصرف شريك في حق آل إلى شريك آخر، فمثلاً لو ملك إثنان أو أكثر مالا غير مفرزة حصة كل

(١) د. محمد كامل مرسى، د. سيد مصطفى، أصول القوانين، ص ٢٢٥، د. حسن كيرة، أصول القانون، ص ٢٤٨، د. عبد الناصر العطار، الوجيز في تاريخ القانون، ج ١، ١٩٧٠، ص ١٧٨، د. نعمان جمعة، دروس في المدخل للعلوم القانونية، ١٩٧٩، النهضة العربية، ص ١٠٦.

(٢) د. سمير تناغور، المرجع السابق، ص ٤٠١، د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ١٢٠، ويذكر الفقيه الألماني «أهرنج» أن الإفتراضات القانونية ماهي إلا كذب فني تقتضيه الضرورة، مشار إليه في الرسالة د. منصور مصطفى، نظرية الحلول العيني، فقرة ٦٤، ولذلك يعبر عنها الدكتور منصور مصطفى منصور، بأنها «الباس الخيال ثوب الحقيقة والواقع، لتحقيق أثر قانوني معين، ما كان ليتحقق لولا هذا الإفتراض الكاذب»، (المدخل للعلوم القانونية، ط ١٩٦٠، مطابع دار الكتاب العربي بمصر، ص ١٧٦).

منهم فيه، أو ما يسمى بالملكية الشائعة (م ٨٢٥)، فإذا فرضنا أن هذه الملكية كانت سيارة ومنزلاً، ونشأت في عام ١٩٨٠ ثم حدثت القسمة في عام ١٩٨٥ فاختص « أ » بالسيارة، واختص « ب » بالمنزل، فإن « أ » يعتبر كأنه لم يملك المنزل في يوم من الأيام، كما يعتبر « ب » كأنه لم يملك السيارة في يوم من الأيام، وهذا قطعاً افتراض، لأنه من الثابت أن كلا منهما كان يملك السيارة والمنزل ملكية شائعة في الفترة مابين عامي ١٩٨٠، ١٩٨٥، والهدف الذي رعى المشرع إلى تحقيقه من هذه الحيلة هو حماية كل من « أ » و « ب » فلو لم يلجأ المشرع إليها لكانت تصرفات « أ » في المنزل نافذة في حق « ب » إذ أنه تصرف قبل القسمة وهو مالك، ولكن بفضل هذه الحيلة يعتبر غير مالك، ومن ثم لا ينفذ تصرفه في حق « ب » لأنه تصرف صدر عن شخص ليس مالكا.

ومنها أيضاً افتراض أن المنقول المخصص لخدمة عقار معين أنه عقار بالتخصيص، لينطبق عليه أحكام العقار، وأن العقار الثابت الذي يتحول إلى أنقاض يعتبر كأنه منقول بحسب المال، ولقد لجأ المشرع إلى هذه الحيلة حتى لاتعارض أحكام العقار والمنقول على شيء واحد (م ٢/٨٢).

العلاقة بين الحيل القانونية والإفتراضات :

يلاحظ أن هذه الحيل وأمثالها ما هي إلا إفتراضات تقوم على تصوير ذهني يحد بهدف إقامة التنظيم القانوني على نحو معين، ولذلك لا يلجأ إليها إلا المشرع الذي وضع القاعدة القانونية، فهي إفتراض يخلقه القانون دون أساس من الواقع^(١)، ويرتب المشرع عليها نتيجة معينة، ولا يسمح لأحد أن يجادل في هذا الإفتراض، ولا في النتائج التي تترتب عليه.

(١) د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ١٢٥، د. على بدوي في أبحاث التاريخ العام للقانون، ج ١، ط ٣، ص ٤٦.

ولذلك فإنه تمثيلاً مع غالبية الفقهاء أرى إطلاق لفظ « الإفتراض » بدلاً من لفظ الحيلة على هذا النوع من الحيل^(١) فتسمى بالإفتراضات القانونية، وبعض الفقهاء أطلق عليها الإفتراضات أو الحيل القانونية، بمعنى أن كلاهما بمعنى واحد، ولكن الحقيقة أن كلا منهما له مدلول خاص، فالإفتراض لا يكون إلا من المشرع، وبهدف تنظيم روابط قانونية معينة تتطلب مثل هذه الإفتراضات، بخلاف لفظ الحيلة فإن الأفراد قد يلجئون إليها للخروج من شدة في القانون، أو قسوة في تطبيق قاعدة قانونية معينة - كما فعل الأفراد حيال القانون الروماني-.

على أن إطلاق لفظ الإفتراض على هذا النوع لا يخرج به عن كونه نوعاً من الحيل القانونية، لما فيه من مخالفة القانون والواقع، ومن ثم فإن التعبير عن هذا النوع من الحيل بالإفتراضات أو الحيل القانونية يعد - من وجهة نظري - تعبير صحيح.

(١) من هؤلاء الفقهاء : د. حسن كيرة ، أصول القانون، د. محمد كامل مرسى، د. سيد مصطفى، أصول القوانين ، د. عبد الناصر العطار، المدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية، ١٩٧٩، ص ٢٢٣ ، د. على بدوي ، المرجع السابق ، ص ٤٦ ، د. أبو زيد مصطفى، الإفتراض ودوره في تطور القانون، وفيه عبر عن الحيلة بلفظ الإفتراضات القانونية.

المطلب الثاني

الحيل التدليسية Manoeuvres dolosives

يقصد بالحيل التدليسية في الفقه القانوني تلك الوسائل التي يستخدمها أحد المتعاقدين لإيهام المتعاقد الآخر بغير الحقيقة، وإيقاعه في غلط يدفعه إلى التعاقد. وعلى هذا فإن كل مايقوم به الشخص من وسائل بقصد خداع الغير أو التعاقد معه، ماهي إلا حيل تدليسية، يجوز لمن وقع في غلط بناء عليها أن يطلب إبطال العقد، فضلاً عن التعويض - إن كان له مقتضى - باعتبار أن هذه الحيل من الأعمال غير المشروعة^(١).

هذه الحيل غير محددة في القانون فكل ما يحدث من أقوال، أو أفعال يترتب عليها وقوع الشخص في غلط جوهري، يعد من الحيل التدليسية في القانون المدني^(٢).

وتعتبر هذه الحيل جوهر التدليس الذي يعيب الرضا، وتتكون من عنصرين^(٣): أحدهما مادي، وهو عبارة عن السلوك الخارجي الذي يقوم به أحد المتعاقدين أو الغير، والذي يؤدي إلى إيقاع المتعاقد الآخر في غلط،

(١) د. السنهوري، الوسيط، ج ١، فقرة ١٩٥، محمود جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الإلتزام، ج ١، فقرة ٧٩، د. جلال المدوي، أصول الإلتزامات، ج ١، ط ١٩٨٨، ص ١٥٤، ١٥٥.

(٢) د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للإلتزام، ك ١ مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية ط ١٩٨١، ص ١٣٥، هذا ويسمى التدليس خداعاً أو خديعة أو خلافة، راجع: القانون المدني السوري، مصطفى الزرقا، ١٩٦٩، ص ٨٩، بند ٩٦، ص ٩٠ هامش (١)، وأيضاً، د. عبد الناصر العطار، نظرية الإلتزام، المرجع السابق، ص ١٦١، بند ٧٦.

(٣) د. السنهوري، الوسيط، ج ١، ص ٤٢ ومابعداها، د. جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص ١٣٤ ومابعداها، د. توفيق فرج، النظرية العامة للإلتزام، ج ١، ط ٢، ١٩٨١/٨٠، ص ١٤٣ ومابعداها، د. عبد الناصر العطار، المرجع السابق، ص ١٦٢، أنور العمروسي، التعليق على القانون المدني المعدل، ج ١، ١٩٨٣، ص ٣٠٤، قارن: د. لبيب شنب، دروس في نظرية الإلتزام، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، ١٩٧٧/٧٦، ص ١٦٠ ومابعداها. د. عبد المنعم البدراوى، النظرية العامة للإلتزامات، ج ١، ١٩٧٥.

بسبب ما يولده في ذهنه من صورة تخالف الواقع. ويطلق القانون المصري على هذا الأعمال المادية لفظ الحيل (م ١/١٢٥)، وكذا عبر عنها القانون الفرنسي بلفظ (Manoeuvres) (م ١/١١٦).

ثانيهما : معنوى ويقصد به نية التضليل لدى المحتال، أى لابد من قصد الإيقاع بالطرف الآخر، وحمله على التعاقد، فإذا انخدع المتعاقد من تلقاء نفسه دون أن يتعمد الطرف الآخر خداعه، فلا يوجد تدليس، وهذا هو الفرق بين التدليس والغلط، حيث أن التدليس يقصد به الوقوع في الغلط نتيجة أعمال خارجية قصد بها إيقاع المتعاقد الآخر أو الغير في هذا الغلط، أما الغلط فإنه وهم تلقائي يتولد في ذهن المتعاقد، فيؤدى به إلى الوقوع في الغلط من تلقاء نفسه دون أية مؤثرات خارجية، وهذا مادفع البعض إلى القول بأن نظرية الغلط في القانون المصري - خاصة بعد التوسع فيها - تغنى عن التدليس باعتبار أن كلا منهما يعيب الرضا للغلط، فالتدليس غلط مستشار، بخلاف الغلط حيث يكون توهم غير الحقيقة فيه تلقائياً (١).

والرأى عندى ضرورة أفراد التدليس بالقول، بعيداً عن الغلط باعتباره عيباً جوهرياً من عيوب الرضا، ومما يؤكد ذلك ما جاء تبريراً للفصل بينهما في مجموعة الأعمال التحضيرية (٢).

(١) د. أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، ١٩٧٤، ص ٢٢٧، د. عبد المنعم البدر، المرجع السابق، ص ٢٦٨، العمروسي، المرجع السابق، ص ٣٠٤، د. جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص ١٣٩، د. مختار القاضي، أصول الالتزامات في القانون المدني، ١٩٦٧، دار النهضة العربية الحديثة، ص ٣٩ - ٤١، حيث ذكر سيادته ضرورة الاستثناء عن التدليس بوجود نظرية الغلط، وأورد لذلك حملة من التبريرات، ثم رد على الفائدة التي ذكرتها المذكرة الإيضاحية، بأن قواعد المسؤولية التقصيرية تعطى للمدلس عليه الحق في طلب التعويض، ولو لم يكن هناك تدليس، وفي هذا المعنى أيضاً، الأستاذ / محمود محمد الشارود المحامي، الوجيز في عيوب الإرادة، دار الاتحاد العربي للطباعة، ١٩٨٨، ص ٤٨ فقرة ١٢ حيث أيد بشدة وجهة نظر الدكتور / جميل الشرقاوي في ضرورة الاستثناء عن التدليس بنظرية الغلط الحديثة، وأنه لا داعي لزيادة التفصيل في غير حاجة إليه.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ٢، ص ٧٢ وما بعدها.

وعلى ذلك فإن الحيل التي يقوم بها أحد المتعاقدين، لإيهام المتعاقد الآخر بغير الحقيقة، هي التي تكون التدليس الذي يعيب الرضا، وبناء عليها يجوز طلب إبطال العقد من المدلس عليه للغلط الذي وقع فيه نتيجة هذه الحيل. ولذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن شرط التدليس المفسد للرضا هو استعمال حيلة غير مشروعة. وكلا الركنين ينشئ عن العمد وسوء النية، ومحكمة النقض حق مراقبة تكييف هذين الركنين^(١).

ويبدو أن محكمة النقض قد أدركت مدى صعوبة إثبات نية التضليل لدى المدلس فقررت في حكم لاحق لها أن محكمة الموضوع هي التي تستظهر توافر هذين العنصرين من وقائع الدعوى، ولا شأن لمحكمة النقض معها، مادامت الوقائع تسمح بذلك^(٢).

وعلى هذا فإنه يجب لكي يجوز إبطال العقد للغلط الناتج عن التدليس، أن تكون هناك طرق إحتيالية (Manoeuvres dolosives) وأن تكون هذه الحيل غير مشروعة قانوناً^(٣)، فإذا ما قام أحد العاقدين بحيلة مشروعة، فإنه لا مجال للحديث عن التدليس في هذه الحالة، وقد كانت التفرقة بين الحيل المشروعة في القانون والحيل غير المشروعة - أو التدليس السيئ، والتدليس الخيّر - قائمة في الماضي حيث فرق الرومان بين الحيل السائغة وبين الحيل غير السائغة، ويقصدون بالأولى تلك الحيل التي يهرع إليها الشخص لحماية حقوقه من الإعتداء عليها، كأن يسرع مشترى العقار، وقد سمع أن البائع يمهّد الطريق مع شخص آخر، ليبيع له العقار مرة ثانية، ليسجل عقده لحماية حقه، وكما لو استعمل المودع، وقد تبين له أن المودع عنده غير أمين، طرقاً إحتيالية للحصول منه على إقرار بالوديعة.

(١) نقض مدني ١٩٣٦/٢/٢٠، الموسوعة الذهبية، ج ٧، ١٩٨٢، ص ٧٠٩، رقم ١٤٢٨.

(٢) نقض مدني ١٩٣٧/١١/١١، الموسوعة الذهبية، المرجع السابق، ص ٧٠٩ رقم ١٤٢٩.

(٣) نقض مدني في ١٩٧٢/٢/٨، مجموعة أحكام النقض، ص ٢٣، العدد الأول، رقم ٢٢، ص

١٣٨ في الطعن رقم ٣٢٩ لسنة ٣٩ ق. نقض مدني في ١٩٨٨/١٢/١٨، الموسوعة الذهبية،

ملحق رقم ٦، ص ٨٢٩، رقم ١٠٩٨. في الطعن رقم ٣٤٦ لسنة ٥٦ ق.

غير أن هذه التفرقة لا وجود لها الآن، حيث لم يبق للتدليس الخير أثر يذكر، وأصبح المفهوم من كلمة التدليس منصرفاً فقط إلى النوع الذى يحقته الشارع الوضعى، ويستردله القانون (١).

ويتضح مما سبق أن كل ما يقوم به أحد المتعاقدين من أعمال مادية بطريق المكر والخداع، بقصد تضليل المتعاقد الآخر معه أو الغير، لإيهامه بخلاف الحقيقة، ماهى إلا حيل تدليسية يجوز لمن وقع فى الغلط بناء عليها أن يطلب إبطال العقد، والتعويض متى توافرت شروطه. ولهذا عبر الفقيه الفرنسى بواتيه عن التدليس بأنه «كل صنوف الحيل التى يستخدمها الشخص فى خداع المتعاقد معه» (٢).

(١) القاضى / محمد نصر الدين زغلول، الإرادة فى العمل القانونى وعبوبها، ص ٨٤٨ ، فقرة ١٤٦٥ ، مقال الأستاذ/ إبراهيم أحمد إبراهيم ، نظرية التدليس فى التشريع المصرى، المحاماة، السنة ٥٠، العدد ٩ ، ص ١٢ وما بعدها.

(٢) مشار إليه فى الإرادة فى العمل القانونى وعبوبها للقاضى / محمد نصر الدين زغلول، ص ٨٤٨ ، فقرة ١٤٦٤.

المطلب الثالث

الحيل بطريق الصورية (La simulation)

يتضح من تعريف الحيل التدليسية السابقة أنها عبارة عن قيام أحد طرفي العقد باستعمال طرق إحتيالية لإيهام المتعاقد الآخر غير الحقيقة، مما يؤدي به إلى الوقوع في غلط يدفعه إلى التعاقد، وهذا يعنى أن المدلس عليه لا علم له بهذه الحيل، ولا سبيل له إلى معرفتها - وفقاً للمجرى العادى للأمر - ولذلك فإن القانون يجيز له طلب إبطال العقد للغلط الذى وقع فيه نتيجة التدليس عليه من الغير، بخلاف ما لو علم بهذه الحيل، ومع ذلك أقدم على التعاقد، فليس له طلب إبطال العقد.

ولكن قد يحدث أن يتفق الطرفان معاً على إظهار تصرف قانونى أمام الكافة فى حين يكون التصرف الحقيقى بينهما مستتراً، ويكون ذلك بإتفاق الطرفين معاً، كما لو أرادا الهبة، فأظهرا العقد بينهما بيعاً، تفادياً للإجراءات الشكلية التى تتطلبها القانون للهبة، فى هذا الغرض نجد أننا أمام فرض آخر من فروض الحيل وهو الحيل بطريق الصورية.

والصورية تعنى فى الفقه القانونى : إصطناع مظهر كاذب عند إجراء تصرف قانونى، يلجأ إليه المتعاقدان لإخفاء حقيقة ما . فهى لذلك تعنى إتفاق طرفى التصرف القانونى على إخفاء إرادتهما الحقيقية تحت شعار مظهر كاذب، وذلك لغرض ماخفيانه عن الغير. ولذلك فإنها تستلزم وجود إتفاقيين، إتفاق ظاهر، وإتفاق سرى مستتر يهدم وجود هذا الإتفاق الظاهر، أو يعدل من أحكامه أو يغير من آثاره، فيكون المتعاقدان فى مركزين قانونيين متعارضين أحدهما ظاهر، ولكنه كاذب، يعتقد الغير أنه هو الحقيقة، والآخر حقيقى مستتر لا يعلم عنه الغير شيئاً ، ومن هنا وجد التصرف الظاهر وهو التصرف الصورى، ووجد التصرف المستتر، وهو التصرف الحقيقى وتسميه المحاكم عادة « بورقة الضد » (١).

(١) د. السهنورى فى الوسيط، ج ٢، ص ١٠٦٩، د. أحمد سلامة، مذكرات فى نظرية الإلتزام، الكتاب الثانى، مكتبة عين شمس، ص ٨٠، بند ٥٣، د. إسماعيل غانم، النظرية العامة =

ذلك أن التصرفات القانونية أما أن تكون جدية (Serieuse) وهي التي يقصدها المتعاقدان، ويتفقان على آثارها سراً ، وعلائية، وإما أن تكون صورية (Simulé) وفيها يتفق المتعاقدان على أمر ظاهره الجد، وهما يضمران غيره، لغرض معروف لهما، يخفيانه عن الناس بعقد آخر يسترانه بينهما، فيكون لهما موقفان، موقف ظاهر، وموقف مستتر (١).

وعلى ذلك فإن الصورية هي موقف ينشأ بإرادة أطراف التصرف القانوني جميعاً، ولا تنشأ بإرادة أحدهما دون الآخر، وإنما يتحايل الطرفان معاً على قيامها فيما بينهما، ويظل الإنفاق بينهما مزدوجاً، يظهران أحدهما، بينما يظل الحقيقي في طي الكتمان، رداً من الزمان حتى تتحقق الأغراض المستهدفة من وراء هذا التصرف القانوني.

وتعتبر التصرفات القانونية مجالاً خصباً للصورية، خاصة التصرفات العقدية، فأكثر ما تكون الصورية في العقود، ولكن هذا لا يمنع من أن تكون في التصرفات القانونية، الصادرة من جانب واحد (٢)، بشرط أن تكون هذه التصرفات موجهة إلى شخص معين لأن الصورية نتيجة إتفاق، ولا يتصور الإتفاق إلا من شخصين يتعاملان معاً، وذلك كالتنازل عن حق عيني، أو الإبراء من دين، أو إنهاء علاقة قانونية قائمة، فكل هذه الأمثلة تصرفات قانونية صادرة من جانب واحد، وبالتالي

= للإلتزام، ج ٢ ، مكتبة عبد الله وهبة، ١٩٦٧، ص ١٩٤ بند ٨٥، د. أحمد مرزوق، نظرية الصورية في التشريع المصري، رسالة دكتوراة، ١٩٥٧، ص ٦ بند ١، د. عبد الحميد الشواربي، عز الدين الدناصورى، الصورية في ضوء الفقه والقضاء، دار المعارف، ١٩٨١، ص ١٥، د. جلال المدنى، د. رمضان أبو السعود، مبادئ الإلتزام، ج ٢، ط ١٩٨٨، ص ١٦٧، ١٦٨.

(١) د. أحمد مرزوق، المرجع السابق، ص ٥، بند ١.

(٢) د. السهورى، المرجع السابق، ص ١٠٧٩، بند ٦١٦، مقال الأستاذ / أحمد رفعت خفاجى، الصورية في التصرف القانوني، المحاماة، السنة ٣٤، العدد ٩، ص ١٤٦٥، د. رأفت حماد، في النظرية العامة للإلتزام، ج ٢، ص ٧٦، بند ٥١، قارن في هذا ما أورده د. أحمد سلامة حيث ذكر أن المظهر الكاذب للصورية يتخذ شكل التصرف القانوني، الذى يكون دائماً عقداً من العقود، إذ من غير المتصور أن ترد الصورية على تصرف إنفرادى. (د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٨٠، بند ٥٣).

يتصور أن تكون محلاً للصورية - خاصة أنها موجهة إلى أشخاص معينين - كما لو إتفق المتصرف، والموجه إليه التصرف على أن التنازل عن الحق العيني، أو الإبراء من الدين، أو إنهاء العلاقة القانونية القائمة لا يقع، وأن الحق، والدين، والعلاقة القانونية مازالت باقية بين المتصرف، والموجه إليه التصرف، وهذا ممكن أن يحدث كثيراً في الحياة العملية.

أما إذا كان التصرف غير موجه إلى شخص معين، كما في حالة الوعد بجائزة، الموجه إلى الجمهور فإن الصورية لا تتحقق في هذا الفرض، حتى ولو كان الواعد غير جاد في وعده، كل ما هنالك أن هناك إختلافاً قد حدث بين الإرادة الظاهرة - للواعد غير الجاد - والإرادة الباطنة، ولعل هذا قريباً من التحفظ الذهني^(١) - الذي سيأتي الكلام عنه في حينه -.

وكما تكون الصورية في العقود، والتصرفات، فإنها تكون أيضاً في الأحكام، وبخاصة أحكام رسو المزداد التي لا تتعدى مهمة القاضى فيها مجرد إستيفاء الإجراءات الشكلية ثم إيقاع البيع لمن يظهر أن المزداد قد رسا عليه^(٢)، كما تكون الصورية في الأعمال الشرعية كمقد الزواج مثلاً^(٣).

ومن هنا يتضح أن الصورية تنطوى على حيلة، لأنها مهما كان الشكل الذى تتخذه تنطوى على وجود إتفاق خفى يزدوج بالإتفاق الظاهر، ليعدم أو يغير أو ينقل آثاره. فهي لذلك حيلة، ولكنها تتم بإتفاق الطرفين، ولذلك لم تكن الصورية بذاتها سبباً من أسباب البطلان فى القانون المدنى، وإنما يبطل التصرف الصورى لسبب آخر حسب الأحوال^(٤).

(١) د. السنهورى، المرجع السابق، ص ١٠٨٠ هامش (٢).

(٢) د. السنهورى - المرجع السابق - ص ١٠٨٠، د. رأفت حماد - المرجع السابق - ص ٧٦، نقض مدنى فى ١٩٤١/١٢/١١، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ عاماً، ج ٢، ص ٧٦٣، رقم ٤٨، (طعن رقم ٢٤، لسنة ١١ ق).

(٣) مقال الأستاذ / أحمد رفعت خفاجى - المرجع السابق، ص ١٤٦٧.

(٤) د. أحمد مرزوق، المرجع السابق، ص ٦ بند ١، د. إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ١٩٩، بند ٧٨.

أوجه الإتياف والإختلاف بين هذه المسميات :

وهكذا نجد الحيلة فى القانون المدنى إنما تطلق على مسميات خاصة. وليس هناك معنى يجمعها كلها فى بوتقة واحدة، غير أننا يمكن إستخلاص هذا المعنى العام للحيلة من القدر المشترك بين هذه المسميات، فإذا كانت الحيلة القانونية عبارة عن إفتراض أمر يخالف الواقع، يترتب عليه التغير فى حكم القانون دون التغير فى نصه، فإن هذه المخالفة هى فى الحقيقة القاسم المشترك بين هذه المسميات، لأن الحيل التدليسية ماهى إلا مخالفة لحكم التصرف القانونى أيضاً بهدف إيقاع المتصرف الآخر فى غلط يدفعه لإبرام التصرف. كما أن الحيل الصورية ماهى إلا مخالفة للواقع أيضاً، غير أن الفرق بينها وبين الحيل التدليسية أن المخالفة فى التدليس من طرف على آخر، بخلاف الصورية فالمخالفة فيها تتم بواسطة الطرفين معاً، وهما - التدليس والصورية - يختلفان عن الحيل القانونية، إذ المخالفة فى الأخيرة تكون من المشرع لا الأفراد، وبهدف تطوير القانون، ويكون ذلك فى مواجهة الكافة، بخلاف التدليس والصورية.

التعريف العام للحيلة فى القانون المدنى :

باستعراض المعانى المتقدمة للحيلة - على مختلف مسمياتها - يتضح أن هناك عاملاً مشتركاً توجد فيه الحيلة أيا كان موقعها، سواء فى القانون، أو فى العلاقة بين الأفراد، ولذلك يمكن تعريف الحيلة فى القانون المدنى بأنها، كل مسلك مخالف للواقع يترتب عيه التغير فى حكم القانون، أو التصرف القانونى، أو العلاقة التعاقدية، تغييراً من شأنه أن يحدث أثراً قانونياً فى محل التغير.

فهذا التعريف يتناول الحيلة القانونية، حيث تكون المخالفة فيها بسلوك يترتب عليه التغير فى حكم القانون، كما يشمل الحيل التدليسية، حيث تكون

المخالفة فيه بسلوك يترتب عليه التغيير في التصرف القانوني، سواء كانت هذه المخالفة من أحد المتصرفين أو من الغير، على ما سيبين في موضعه - أن شاء الله تعالى - وأخيراً يشمل التعريف أيضاً الحيل الصورية حيث تتم بسلوك مخالف للواقع في العلاقة التعاقدية بين الطرفين معاً، ويتم ذلك بمعرفتهما، يستوى في ذلك العقد الصادر من الجانبين، أو العقد الصادر من جانب واحد - بشروطه - كما ذكرت (١).

(١) انظر ص ٥٩ وما بعدها من هذا المؤلف.

المبحث الثاني

تمييز الحيل عما يشبه بها

حتى نقيم للمسميات السابقة تعريفها الواضح والمحدد، ينبغي أن نميزها عما يشبه بها من أفكار تختلط بها، وتتشابه معها، ولذلك فإنه يجب إعمال الفكر لإيجاد تفرقة Distinction بين هذه التشابهات، حتى يستقيم الموضوع، ويتضح المطلوب.

فالإفتراضات - الحيل - القانونية، وهي تصوير ذهني من عمل المشرع، من شأنها التغيير في حكم القانون دون التغيير في نصه، تشبه - إلى حد كبير - القرائن القانونية والتي هي تصوير ذهني أيضاً، يقوم به المشرع لأهداف خاصة، كذلك، نجد عموم القاعدة القانونية وتجريدها ينطوي في بعض الأحيان على مخالفة للواقع، مما يشبه الإفتراضات في مخالفتها للواقع دائماً.

وليس الأمر - بالنسبة للحيل التدليسية - أقل منه في الإفتراضات القانونية، ذلك أن الحيل التدليسية، تختلط إختلاطاً كبيراً بالحيل المكونة لجريمة النصب الجنائي، حيث نجد الحيل ركناً أساسياً في كل من التدليس المدني، والتدليس الجنائي - النصب - مما يوجب وضع خطوط للتفرقة بينهما، كما أصبحت كلمة الحيل المكونة للتدليس المدني ترادف كلمة الغش، واستعمل كل منهما مكان الآخر، بحيث أصبح يطلق، مصطلح التدليس (Le Dol) على مصطلح الغش (La Fraude) والعكس، مما يستدعي عقد مقارنة بينهما.

كذلك يجب ملاحظة أن الحيل وهي في طريقها لإظهارها غير الحقيقية، تختلط بالصورية في إظهار أمر يخالف الحقيقة المستترة، وهذا ما يوجب التفرقة بينهما، كما يلاحظ أن الصورية وهي عبارة عن إتفاق مزدوج، تختلط إختلاطاً كبيراً بكل من التحفظ الذهني والإتفاق الإضافي، بجامع أن كلا منهما إتفاق مزدوج أيضاً.

ولهذا فسوف أتناول هذا المبحث في المطالب التالية :-

المطلب الأول

الإفتراضات (الحيل) القانونية، والقرائن القانونية

تمهيد:

يقصد بالقرينة بوجه عام : إفتراض قيام أمر معين لا يمكن العلم به علماً يقيناً، إستناداً إلى توافر أمر آخر يمكن العلم به علماً يقينياً، على أساس غلبة الإرتباط بينهما وجوداً وعدماً، وذلك كإفتراض تمام النضج العقلي - وهو أمر يستحيل العلم به علماً يقيناً - عند بلوغ الشخص واحداً وعشرين سنة - وهو ما يمكن العلم به يقيناً - على أساس الغالب والراجح. وعلى ذلك فإن القرينة ما هي إلا إفتراض يجعل الشيء المحتمل أو الممكن صحيحاً، وفقاً لما هو مألوف في الحياة، أو وفقاً لما يرجحه العقل^(١).

وتعتبر القرينة وسيلة من وسائل الصياغة في القانون، يمكن عن طريقها الإمساك بالواقع بشيء من اليقين والتحديد، رغم أن الواقع نفسه مشوب بالشك والإحتمال، وهي بهذا المعنى لا غنى عنها لأي نظام قانوني، لأن القانون لا يستطيع أن ينظم المجتمع تنظيماً قهرياً، إلا إذا قطع الشك باليقين^(٢).

ويلاحظ أن القرينة بهذا الشكل إنما تقوم على تصوير ذهني بحت، وذلك بناء على الإحتمالات الراجعة في العمل، بحيث يتأتى تعميمه في الإتجاه العادي والطبيعي للأمر^(٣).

(١) د. أبو زيد مصطفى، الإفتراض ، ودوره في تطور القانون، المرجع السابق، ص ١٤ وما بعدها، د. أحمد سلامة، المدخل لدراسة القانون، ص ١٢٣، د. توفيق فرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ١٩٨٥، ص ١٥٦، فقرة ٧٠، د. عبد السلام ذهني، الإلتزامات أو المداينات، ج ٢، الأدلة أو نظرية الإثبات، ١٩٢٣، ص ٧٤، د. عبد الودود يحيى، دروس في قانون الإثبات، دار النهضة العربية، ص ١٢٤، فقرة ٨٨، د. نعمان جمعة، المرجع السابق، ص ١٠٦.

(٢) د. سمير تناغو، المرجع السابق، ص ٣٨٧ / ٣٨٨.

(٣) د. حسن كيرة، في أصول القانون، ص ٤٩، والمدخل إلى القانون، منشأة المعارف، ط ٥، ١٩٧٤، بند ١٠٥، ص ٢٠١.

والقرينة القانونية لها دور هام من ناحيتين : الأولى : بناء القاعدة القانونية، كاستنباط بلوغ العقل رشده لمن بلغ إحدى وعشرين سنة (م ٢/٤٤). والثانية : تيسير الإثبات أو بمعنى أصح الإعفاء من الإثبات (Dispense De Preuve) وذلك كإعفاء المستأجر من إثبات قيامه بدفع الأقساط السابقة، إذا أثبت قيامه بدفع قسط لاحق - وهي الواقعة التي تقوم عليها القرينة (١).

على أن القرينة في مجال الإثبات قد تكون بسيطة، وذلك عندما يسمح المشرع بإثبات عكس ما تسلم به القرينة - كما في قاعدة الحيابة في المنقول - بسبب صحيح وحسن نية - تكسب الملكية للحائز «فحسن النية، والسبب الصحيح، قرينة بسيطة تجعل من الحائز للمنقول مالكا، أما الحيابة نفسها فهي قاعدة موضوعية لا يجوز دحضها بحال من الأحوال (٢). ولذلك أجاز القانون إثبات عكس هذه القرينة، بإثبات سوء نية واضع اليد، أو عدم قيام السبب الصحيح للحيابة (م ٣/٩٧٦). وقد تكون القرينة قاطعة، وذلك عندما لا يسمح المشرع بإثبات عكس ما تسلم به القرينة، من ذلك قرينة الوفاء بحقوق بعض الأشخاص، كالموردين، وأصحاب الفنادق والمطاعم، والعمال والخدم، والإجراء، فمثل هؤلاء يسقط حقهم في المطالبة بحقوقهم إذا إنقضت مدة سنة دون أن يطالبوا بها (م ٣٧٨). فالتقادم هنا يقوم على أساس قرينة الوفاء، وهذه القرينة قاطعة، وليست بسيطة، بحيث لا يمكن للدائن إثبات عدم إستيفائه للدين إلا بأحد طريقين :

الأول : أن يقر المدين - رغم مرور سنة - بأنه لم يف بالدين.

الثاني : أن ينكل المدين عن حلف اليمين بأنه أدى الدين فعلاً (م ٢/٣٧٨).

(١) د. السنهوري في الوسيط، ج ٢، بند ٣٢٣، ص ٦٠٢، طبعة ١٩٦٨، دار النهضة العربية.

(٢) د. السنهوري، المرجع السابق، بند ٣٣٧، ص ٦٢٢.

ومعنى ذلك أن القرينة القاطعة لا يجوز إثبات عكسها إلا بالإقرار أو اليمين^(١)، مع أن خلافاً قد ثار في الفقه بشأن ما يطلق عليه القرينة القاطعة^(٢).

العلاقة بين الحيل والقرائن القانونية :

من هذا العرض السريع يمكن أن نعقد مقارنة بين الافتراضات القانونية، والقرائن القانونية، فإذا كان كل منهما يقوم على تصوير ذهني - افتراض - يقوم به المشرع وهو بصدد صياغة قاعدة قانونية معينة، إلا أن الخلاف بينهما لا يزال قائماً.

وتتمثل التفرقة بينهما في أن الافتراض هو دائماً أمر مخالف للحقيقة، بينما تقوم القرينة على الإحتمال والترحيح، فهي لا تخالف الحقيقة دائماً وإن كانت من ناحية أخرى لا تتفق معها دائماً، ومن ثم يمكن القول بأن القرائن القانونية تخالف الحقيقة أحياناً، بينما يخالف الافتراض الحقيقة دائماً، ولذا فإن القرينة قد تتفق مع الحقيقة في بعض الحالات، وهذا هو الغالب، وقد تختلف معها في حالات أخرى، وحتى في هذه الحالات، فإن مخالفة الحقيقة تكون بصفة مؤقتة، إذ يمكن للخصم نقض القرينة وإثبات عكسها، أي إثبات الحقيقة. فالقرينة الفرض فيها أنها تتفق مع الحقيقة - وفقاً للرأى الغالب - حتى يثبت عكسها، عندئذ يتضح أنها مخالفة للحقيقة في الماضي.

وعلى ذلك فإن الافتراض يخالف الحقيقة دائماً، بينما القرائن لا تخالف الحقيقة إلا أحياناً وبصفة مؤقتة.

ولكن إذا كان معيار التفرقة هذا ميسوراً فيما يتعلق بالقرائن البسيطة، إلا أن التفرقة تدق فيما يتعلق بالقرائن القاطعة، وهي التي يمتنع إثبات عكسها، إذ يظل القول بإحتمال مخالفتها للحقيقة أمراً قائماً، وهي بذلك تقترب من

(١) د. السنهوري في الوسيط، ج ٢، بند ٣٣٢، ص ٦١٣، بند ٣٣٥، ص ٦٢٠، دار النهضة العربية، ١٩٦٨، د. لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، الإثبات ١٩٧٤/٧٣، ص ١٧٣، د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ١٢٥، قارن في ذلك : د. سمير تناغو، النظرية العامة في الإثبات، ١٩٨٨، بند ٣٣، ص ٨٥.

(٢) د. أبو زيد مصطفى، المرجع السابق، ص ١٧، هامش (٢١)، والمراجع التي أشار إليها.

الإفتراض، ومع ذلك فإن معيار التفرقة بينهما لا يزال قائماً حيث أن الإفتراض يتضمن مخالفة الحقيقة دائماً، أما القرينة فهي - حتى في أقرب صورها إلى الإفتراض - القرينة القاطعة - لا تخالف الحقيقة إلا أحياناً^(١)، لأنه يجوز إثبات عكسها بالإقرار أو اليمين - كما سبق وبهذا نجد الإفتراض في الحيل يكون دائماً كاذباً، بينما نجد الإفتراض في القرائن يكون محتملاً صدقه كما يكون محتملاً كذبه^(٢).

وإذا كان الإفتراض كاذباً دائماً في الحيل، وقائماً على الغالب الراجح في القرائن، فإنه يلاحظ بالإضافة إلى ذلك أن القرينة القانونية قاعدة من قواعد الإثبات، تقبل في العادة إثبات العكس، ويجعلها القانون في بعض الأحوال لا تقبل إثبات العكس بل يقلبها في أحوال أخرى من قاعدة إثبات إلى قاعدة موضوعية، فتصبح هي أيضاً غير قابلة لإثبات العكس، كما في مسئولية رب العمل عن سلامة العمال، فهي قائمة على تحمل التبعة، فخرجت عن أن تكون قرينة إلى أن تكون قاعدة موضوعية، ولكن القرينة في كل هذه الأحوال، تبقى قائمة على فكرة الراجح الغالب الوقوع، أما الحيلة فتختلف عن القرينة، ذلك أنه لما كان الغرض فيها كاذباً دائماً، كانت لا أساس لها من الواقع. رغم أنها من خلق المشرع، فرضها فرضاً حتمياً، ولذلك استعصت طبيعتها على قبول إثبات عكسها، فهي أقوى من القرينة القانونية، ولكنها أشد خطراً - نظراً لطبيعتها المخالفة للواقع - ومن ثم لا يلجأ إليها المشرع إلا حيث يعجز عن إيجاد قرينة قانونية. ومن أمثلة الحيلة التي فرضها المشرع فرضاً، قاعدة عدم الاعتذار بالجهل بالقانون، فهي قاعدة لا تقوم على الراجح الغالب الوقوع، بل تقوم على فكرة الحيلة^(٣). (Fiction) إذ يفرض المشرع فرضاً حتمياً أن الشخص عالم بأحكام القانون، لا يقبل في ذلك عذراً، حتى تستقيم أمور نظمها بقاعدة تقوم على

(١) د. أبو زيد مصطفى، المرجع السابق، ص ١٨٠.

(٢) د. حسن كيرة، أصول القانون، ص ٢٤٨ وما بعدها.

(٣) يراجع، خلاف الفقهاء في هذه القاعدة، وهل هي من قبيل الإفتراضات أم من قبيل القرائن ؟

د. أبو زيد مصطفى، المرجع السابق، ص ٨٤ وما بعدها.

الحيلة، وتضيق بها القرينة (١).

ويضاف إلى ذلك أن الهدف من القرائن القانونية هو تيسير الإثبات، وذلك بإعفاء من تقرررت - القرينة - لمصلحته، إستقرار للمعاملات، بخلاف الإفتراضات - الحيل القانونية - فإن الهدف منها تيسير تطبيق بعض الأحكام، والتي لا يمكن تطبيقها باللجوء إلى القرينة (٢)، وهكذا يتضح إختلاف القرائن القانونية عن الإفتراضات القانونية.

(١) فرانسوا اجنى فى العلم والصباغة فى القانون الخاص الوضعى، ج ٣ ، بند ٢٤٣ : ص ٣٨٩ ، ٣٩٠ - مشار إليه فى الوسيط للعلامة السنهورى، ج ٢ ، ص ٦٠١ / ٦٠٢ ، هامش (٣).

(٢) د. عبد الناصر العطار، مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ، ١٩٧٩ ، مطبعة السعادة، ص ٢٢٣.

المطلب الثاني

الإفتراضات القانونية، وعموم القاعدة وتجريدها

تمهيد :

لكي نعقد مقارنة بين الإفتراضات - الحيل - القانونية، وعموم القاعدة وتجريدها ينبغي إلقاء الضوء على مضمون هذه الخاصية للقاعدة القانونية.

ذلك أن القانون عبارة عن مجموعة من القواعد، هذه القواعد يراعى في صياغتها أن تكون عامة ، ويقصد بعموم القاعدة : أن تكون صالحة للتطبيق على جميع الحالات، بمعنى أنها تصدر غير متعلقة بشخص معين بالذات، أو واقعة معينة بذاتها، بل تصدر القاعدة عامة، بحيث تخاطب كافة، أو تخاطب بعض طوائف المجتمع، ولكن بصفاتهم وليس بذواتهم، ومن القواعد القانونية التي تخاطب كافة، قواعد القانون الجنائي التي تعاقب على السرقة والقتل وغيرها، من الجرائم، فالكل أمام هذه القاعدة سواء، وجميع طوائف المجتمع مخاطبين بهذه القواعد، وهناك من ناحية أخرى بعض القواعد التي تخاطب طائفة معينة من الناس، كالرجال ، أو النساء، أو التجار، أو المحامين... إلخ.

وهذا يعني أن عموم القاعدة لا يستلزم بالضرورة إنطباقها على جميع الناس أو مخاطبة جميع أفراد المجتمع، بل يكفي في عمومية القاعدة أنها لا تخاطب شخصاً باسمه، ولا تنطبق على واقعة بذاتها، وتظل القاعدة عامة حتى ولو كانت لا تقبل التطبيق، إلا على طائفة معينة، أو حتى شخص واحد، طالما أنها تخاطب هذه الطائفة، بصفاتهم لا بذواتهم، وكذا تنطبق على هذا الشخص بصفته لا بذاته، وذلك كالقواعد التي تنظم التجارة - النسبة للتجار - وأعمال المحاماة - بالنسبة للمحامين ، وكذا القاعدة التي تنظم مركز رئيس الدولة، أو رئيس محكمة النقض، أو رئيس مجلس الوزراء وهكذا.

ويلاحظ أن القاعدة العامة هي قاعدة مجردة Abstraite وصفة التجريد هي التي تضيف على القاعدة صفة العموم، فالمقصود بتجريد القاعدة : ضرورة مراعاة صياغتها بحيث لا تنطبق على شخص معين، أو واقعة بالذات، وإنما يجب وضعها

بطريقة مجردة عن الإعتداد بأى شخص أو بأى واقعة، ويضاف إلى ذلك أيضاً، أن القاعدة يجب أن تصدر لتطبق على جميع أجزاء الدولة الواحدة، دون إستثناء إقليم أو آخر من هذا التطبيق .

فالقاعدة القانونية يجب أن تصدر مجردة من حيث الأشخاص، والوقائع، والمكان (١).

وهذا يعنى أن التجريد يصاحب القاعدة عند صياغتها، أما العمومية فهى الطريقة التى يتم بها صياغة القاعدة، فهما وصفان متلازمان للقاعدة القانونية (٢)، وذلك على عكس من يذهب إلى أن التجريد هى الصفة الوحيدة المميزة للقاعدة القانونية، أما العموم فإنه لا يظهر إلا عند التطبيق (٣).

وعلى ذلك، فإن وصف القاعدة بالعمومية والتجريد يعنى أنها قابلة للتطبيق على جميع الأفراد، وعلى جميع الوقائع، وأيضاً على كل جزء من أجزاء الدولة، ولا ينفى ذلك وجود بعض القواعد التى تنطبق على إقليم معين من الدولة، وأوضح مثال لذلك الولايات المتحدة الأمريكية، حيث إحتفظ فيها لكل ولاية بسلطة التشريع فى مسائل القانون الخاص كما لا ينفى ذلك أيضاً كون القاعدة تطبق لمدة معينة من الزمان كما هو الحال فى قانون الطوارئ (٤)، ومعنى ذلك أن العمومية والتجريد، يراد بها الأشخاص والوقائع، بحيث تكون القاعدة قابلة

(١) د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٤٧، ٤٨، د. مصطفى عرجاوى، محاضرات فى النظرية العامة للقانون، ط ١، ١٩٨٥، بند ٧، ص ٢١، ٢٢، لنفس المؤلف « ضوابط القاعدة القانونية ومدى تمييزها عن القواعد الإجتماعية الأخرى، مقالة بمجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر بأسيرط، العدد الثانى (١٤٠٤ هـ / ١٩٨٤ م)، ص ٥٩ وما بعدها.

(٢) د. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، المرجع السابق، بند ١٢، ص ٣٩.

(٣) د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٤٨ وما بعدها، د. منصور مصطفى منصور، المدخل للعلوم القانونية، ط ١٩٧٠، ص ٢٩.

(٤) د. مصطفى عرجاوى، المرجع السابق، ص ٢٢، ٢٣، د. أنور سلطان، المرجع السابق، بند ٢٧، ص ١١.

لتطبيقات غير متناهية، وغير محصورة، فلا تستند بمجرد تطبيقها، كما في القرارات الإدارية، والأحكام القضائية^(١)

ويهدف واضعو القانون من جعل القاعدة عامة مجردة، لتحقيق العدل والمساواة بين أفراد المجتمع، ومنع التحيز لمصلحة شخص معين، أو ضد شخص معين، مما يؤدي إلى وجود نظام واحد مستقر ومطرّد في العلاقات القانونية في المجتمع^(٢).

ويضاف إلى هذا الهدف الفلسفي القانوني، إعتبار عملي هو إستحالة صدور قرارات خاصة تنظم سلوك كل فرد في المجتمع على حدة، لأنه من غير المتصور عملياً، حصر كل ما يعرض في المستقبل من فروض ووقائع، ووضع حكم لكل منها ينصرف إلى كل شخص بذاته، وكل واقعة بعينها، لذلك كان لا بد من الإلتجاء إلى التجريد في مواجهة هذه الفروض، بحيث تكون العبرة بعموم الصفة، لا بخصوص الذات^(٣).

غير أن هذه القاعدة القانونية، على الرغم من عموميتها وتجريدها إلا أنها لا تحقق العدالة المطلقة بين أفراد المجتمع، حيث تنقصها القدرة على تحقيق العدالة، والمساواة الواقعية بين الناس. ذلك أن التجريد الذي تقوم عليه القاعدة القانونية يكون بناؤها على أساس الفرض الغالب في الحياة، دون إعتداد بتفاوت الظروف، أو إختلاف الجزئيات في كل حالة بذاتها، ومن الواضح أن العدالة، والمساواة الواقعية تقتضي تنوع الحكم وفقاً لظروف كل حالة على حدة، فهذه القاعدة وأن حققت العدل العام بين الناس، إلا أنها لا تحقق العدالة المطلقة. فمثلاً: القاعدة التي تقضي بأن الشخص يبلغ رشده إذا بلغ إحدى وعشرين سنة (م ٢/٤٤) ومن ثم يجوز له مباشرة حقوقه المدنية (م ١/٤٤) هذه القاعدة تمت صياغتها على هذا النحو، بناء على الراجح الغالب من أحوال الناس بحيث من يبلغ هذا السن

(١) د. مصطفى الجمال، د. عبد الحميد الجمال، المرجع السابق، ص ٣٨، د. سمير تناغو، المرجع السابق، ص ٣٨، ٣٩.

(٢) د. سمير تناغو، المرجع السابق، ص ٤٠، د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٤٨، د. مصطفى عرجاوي، المرجع السابق، ص ٢٣.

(٣) د. سمير تناغو، المرجع السابق، ص ٤١، د. مصطفى الجمال، د. عبد الحميد الجمال، المرجع السابق، ص ٣٧.

يكون راشداً، وقد حدد القانون هذا السن كدليل على إكمال النضج العقلي، لدى الإنسان، ومن المعلوم أن إكمال النضج العقلي يختلف باختلاف الأفراد، ومن الصعب بل من المستحيل وضع قاعدة عامة تنطبق على جميع الحالات دون إختلاف، فالقانون في تحديده لهذا السن، إنما يعتد بالغالب الراجح، فالغالب أن الإنسان يكتمل عقله وينضج فكره وهو في سن الواحدة والعشرين، ومعنى ذلك أن القانون يتجاهل ما يكشف عنه الواقع من بلوغ الإنسان النضج العقلي قبل وصوله إلى هذا السن، وأيضاً عدم بلوغ الإنسان رشده بالرغم من بلوغه هذا السن في بعض الأحيان.

العلاقة بين الحيل القانونية وعموم القاعدة :

يمكن القول بأن عموم القاعدة وتجريدها، وأن أريد بها العدل والمساواة - فإن المقصود بها العدل العام لا العدالة المطلقة، وكذا المساواة بصفة عامة لا المساواة الواقعية، لأن هذه الخاصة للقاعدة القانونية مبنية على الراجح الغالب، لذلك فإنها تخالف الواقع في بعض الأحيان، ومن هنا كانت قريبة الشبه بالإفتراضات القانونية، حيث أن كلا منهما يخالف الواقع، فضلاً عن أن كلا منهما يراعى ضرورة وجوده عند صياغة القاعدة القانونية، حيث أن الحيل إفتراض يحدث أثناء صياغة القاعدة القانونية، كما أن التجريد يصاحب القاعدة عند صياغتها، والعموم هو الأسلوب الذي يتم به صياغة القاعدة، ولهذا فإن هذه الخاصية للقاعدة القانونية تكاد تختلط بالإفتراضات.

ومع وجود هذا التضارب بينهما، إلا أن الفارق لا يزال قائماً، فإذا كانت العمومية والتجريد تخالف الواقع، فإن مخالفتها للواقع لا يكون إلا أحياناً، بخلاف الإفتراضات فإنها كذب على الواقع وتزوير له، ولذلك فإنها تخالف الواقع دائماً^(١).

وبعبارة أخرى، فإن الغالب الأعم أن يكون عموم القاعدة وتجريدها موافقاً ومطابقاً للواقع بخلاف الإفتراضات، فليس فيها مطابقة للواقع بحال من الأحوال، بل كلها إفتراضات مخالفة للواقع دائماً.

(١) د. عبد الناصر العطار ، الوجيز في تاريخ القانون، المرجع السابق ، ص ١٧٨ .

المطلب الثالث

الحيل التدليسية والحيل المكونة لجريمة النصب (التدليس المدني Dol Civil
والتدليس الجنائي Dol Penal أو الغصب Escroquerie

تمهيد :

تبدو التفرقة بين التدليس المدني، والتدليس الجنائي أمراً عسيراً، نظراً لما بينهما من كبير شبه، ويكاد يختلط كل منهما بالآخر. ولكن بنظرة متعمقة في الأساس الذى يبنى عليه كل منهما لوجدنا الأمر سهلاً يسيراً. ذلك أن كلاً من التدليس المدني، والتدليس الجنائي يقومان على وسائل إحتيالية تعد ركناً أساسياً فى تكوين كل منهما، فإذا ما لمسنا الفرق بين الحيل المكونة للتدليس المدني، والحيل المكونة لجريمة النصب الجنائي، لا اتضح بذلك التمييز بين التدليس المدني، والتدليس الجنائي.

ولقد نشأ الاختلاط بينهما قديماً، وكان ذلك بموجب أول نص فرنسي يجرم التدليس والذي صدر فى قانون ٢٢ يوليو سنة ١٧٩١، حيث كان هذا القانون يعهد بالعقاب على النصب إلى القضاء المدني، وذلك عند النظر فى الدعوى المدنية، للحكم بالبطالان فى العقد الحاصل تحت تأثير التدليس، فكان القاضى المدني هو القاضى الجنائي - بخصوص واقعة التدليس، وكان القانون يتناول بالإضافة إلى ذلك إستغلال سرعة تصديق الأشخاص أو سذاجتهم، بإتخاذ إسم كاذب أو بالإيهام بمشروع أو بضمان خيالي، دون بيان وسائل الإحتيال التى تمارس فى تضليل المجنى عليه، وخداعه على سبيل التحديد. إلا أن القضاء قد حاول فيما بعد، التمييز بين التدليس والنصب، وذلك بوضع تعريف يحد من إتساع النصب - على ما هو معروف الآن - ليبعده عن نطاق التدليس المدني، ثم أخذ المشرع الفرنسى بمذهب القضاء، فحصر فى المادة ٤٠٥ من قانون سنة ١٨١٠ على تحديد نطاق جريمة النصب^(١)، ومن هنا برزت إلى الأذهان فكرة التمييز بين التدليس المدني والتدليس الجنائي.

(١) انظر فى ذلك مقال الأستاذ إبراهيم أحمد إبراهيم، نظرية التدليس فى التشريع المصرى، المحاماة،

السنة ٥٠، العدد ٩، ص ١٨.

ولعل بروز هذه الفكرة في الأذهان كان من نتيجة تداخل كل منهما في الآخر فكلاهما يتكون من طرق إحتيالية، من شأنها التأثير على نفسية المدلس عليه - وهو المتعاقد الآخر في التدليس المدني، والحجتي عليه في التدليس الجنائي - مما قد يدفعه إلى التعاقد، كما أن المدلس في كل منهما يهدف بإحتياله إلى تحقيق غرض غير مشروع، مما يوجب العقاب في التدليس الجنائي، وطلب إبطال العقد في التدليس المدني.

ومن الغريب أن يذهب البعض إلى القول بأن التدليس المدني يستخدم لخدمة مصالح المدلس أكثر من الإضرار بالغير، في حين أن التدليس الجنائي ليس له إلا غرض واحد، وهو الإضرار بالغير، ومن ثم تبدو التفرقة بينهما واضحة، مما لا يوجب الإختلاط بينهما^(١).

ولكن مع القول بأن هذا هو الغالب على عمل المدلس إلا أن الإختلاط بينهما لا يزال قائماً، ذلك أن العمل من أجل مصلحة المدلس لا يتحقق إلا إذا كان ذلك على حساب المتعاقد الآخر، مما يؤدي في النهاية إلى الإضرار بمصالح الغير، شأن التدليس الجنائي سواء بسواء، وبناء على هذا التداخل بينهما وجب التمييز بين التدليس المدني، والتدليس الجنائي.

ولقد بذل العديد من شراح القانون - وخاصة في فرنسا - جهداً كبيراً للتمييز بين التدليس المدني، والتدليس الجنائي أو النصب. فقد أثير التساؤل في الفقه عما إذا كان نوعا التدليس من طبيعة قانونية واحدة أم لا؟ وإذا كان هناك إختلاف، فما هي ضوابط التمييز بينهما؟^(٢).

العلاقة بين الحيلة التدليسية والحيل المكونة للنصب الجنائي :

أياً ما كان من شأن هذا التداخل، فلا شك في وضوح التفرقة الآن بين الإثنين، - خاصة إذا إعتمدنا على الأساس لكل منهما في إيجاد هذه التفرقة -

(١) د. فادية يحيى أبو شهبة، النظرية العامة للطرق الإحتيالية، رسالة دكتوراه، ١٩٨٤، عين شمس، ص ٢٥٣.

(٢) في عرض آراء الفقهاء في فرنسا تفصيلاً لمحاولة التمييز بين التدليس المدني، والتدليس الجنائي - راجع دكتورة فادية أبو شهبة، في رسائلها، المرجع السابق، ص ٢٥١ وما بعدها.

فقد قرر غالبية الفقه الحديث^(١) أن التدليس المدني Dol Civil يعد عن التدليس الجنائي Dol Penal أو النصب Le Escroquerie بعد القانون المدني عن قانون العقوبات، فالأول يندرج كعيب من عيوب الرضا في إبرام العقود، تحت نظرية الإلتزام في القانون المدني، ومن ثم فإنه يخضع في تنظيمه، وفي أحكامه لهذا القانون، وهو يعنى فيه، إستعمال طرق إحتيالية بقصد إيقاع التعاقد فى غلط يدفعه إلى التعاقد، أى إيهام التعاقد بغير الحقيقة ودفعه إلى التعاقد بناء على هذا الوهم، وهو يعطى المدلس عليه الحق فى طلب إبطال العقد، ويعتبر عملاً غير مشروع يستوجب التعويض.

أما الثانى - وهو النصب - فهو أحد جرائم الأموال المعاقب عليها فى قانون العقوبات وهو عبارة عن إستعمال وسيلة من وسائل الإحتيال - التدليس - التى نص عليها القانون على سبيل الحصر لحمل المجهنى عليه على تسليم ماله إلى الجانى نتيجة الوقوع فى الغلط، واستيلاء هذا الأخير عليها بقصد تملكها.

هذا من حيث القانون المنظم لكل منهما، ومن حيث الغرض يمكن القول بأن الإحتيال فى التدليس الجنائي يتخذ وسيلة لسلب مال الغير كله أو بعضه فى جميع الأحوال، أما فى التدليس المدني فإن الغرض من الإحتيال هو مجرد جلب المدلس عليه إلى التعاقد.

ومن حيث الجوهر يمكن القول بأن النصب أقوى وأشد جسامة من التدليس المدني. لأن القانون يشترط توافر نوع من الطرق الإحتيالية المحددة على سبيل الحصر فى القانون الجنائي لتكوين جريمة النصب، قدر المشرع أن الإلتجاء إليها يمثل الحد الأدنى للخطر الإجتماعي الذى يستوجب العقاب الجنائي (م ٣٣٦ عقوبات).

(١) د. السهموري، الوسيط، ج ١، طبعة ١٩٨١، ص ٤٢١، بند ١٧٩، د. جميل الشرقاوى، النظرية العامة للإلتزام، الكتاب الأول، طبعة ١٩٨١، دار النهضة العربية، ص ١٣٥، بند ٣٣، د. عبد المنعم البدر، النظرية العامة للإلتزامات، ج ١، ١٩٧٥، مطبعة المدني، ص ٢٧٠، بند ١٩٦، د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، العناصر المكونة للعقد كمصدر للإلتزام، طبعة ١٩٧٩، بند ١١٠، ص ١٧٣ وما بعدها، الأستاذ / محمد نصر الدين زغلول، الإرادة فى العمل القانوني وعيوبها، ص ٨٤٩، فقرة ١٤٦٦.

فالفارق بين التدليس المدني، والتدليس الجنائي هو في درجة هذا التدليس لا في أثره، فبينما يكفى الكذب لتوافر التدليس المدني - على ما سنوضحه في حينه - لا يكون كافياً لتوافر التدليس الجنائي، وذلك لهدف فلسفى أراداه واضعوا القانون. ذلك أن دور قانون العقوبات يختلف عن دور القانون المدني، فبينما يتدخل القانون المدني لحماية المعاملات بين الأفراد، نجد قانون العقوبات على العكس من ذلك، فهو لا يتبع القانون المدني فى المعاقبة على كل خطأ، بل لا يتدخل إلا إذا إنطوى هذا الخطأ على تهديد لمصلحة اجتماعية، أو إتسم بخطورة على المجتمع، رغم وقوعه مباشرة على فرد من آحاد الناس، ولذلك لا بد أن تتوافر فى الطرق الإحتيالية - لتكوين جريمة النصب - معنى الخطورة على المجتمع، وهو ما يقتضى تحديدها بصورة تفوق مجرد الكذب العادى، وعلى نحو إيجابى بأن يكون مقترناً بأعمال مادية^(١).

كما يجب توجيه هذه الطرق الإحتيالية نحو إيهام المجنى عليه بأمر يترتب عليه الإستيلاء على بعض أمواله، وعلى هذا فإن القانون يشترط فى الطرق الإحتيالية، المكونة لجريمة النصب أن يكون هناك إيهام بغير الحقيقة، مؤيد بأفعال خارجية إيجابية من شأنها أن تدخل فى روع المجنى عليه أن المكذوب ليس إلا حقيقة واقعية، ولذلك قضت محكمة النقض المصرية بعدم توافر جريمة النصب إذا صادف المتهم المجنى عليهما فى الطريق العام، وعرض عليهما شراء تذكرتين من تذاكر الملاهى، بإعتبار أنهما صالحتان للإستعمال، مع أنهما سبق إستعمالهما، دون أن يدعم كذبه هذا بأى مظهر خارجى يؤيده^(٢).

(١) د. أحمد فتحى سرور، الوسيط فى قانون العقوبات - القسم الخاص، ط ٣، دار النهضة العربية، ١٩٨٥، ص ٨٨٢ ومابعداها، د. حسن المرصفاوى، قانون العقوبات، منشأة المعارف، ١٩٨٥، بند ٣٦٧٨، ص ١١٦٩، د. رؤوف عبيد، شرح قانون العقوبات التكميلى، دار الفكر العربى، ط ٥، ١٩٧٩، ص ٣٨١ ومابعداها، انظر حكم محكمة مصر الكلية الأهلية، فى ٣٠ يناير ١٩٣٤، المحاماة، ص ١٥، ٧٤، ص ٥٠٢، رقم ٢٣٥، نقض ج ١٩٥٧/٦/٣، مجموعة أحكام النقض الجنائى، ص ٨، ص ٥٨٦، طعن رقم ٤٢٠ لسنة ٢٧ ق، نقض ج ١٩٤٤/١٢/٤، المجموعة الرسمية، الجدول العشرى الخامس، ص ٢٤٩، رقم ١٤٢١، نقض ج ١٩٤٥/١/١٥، المرجع السابق، ص ٢٥٠، ١٤٢٩.

(٢) نقض ج ١١ يونيو ١٩٤٥، مجموعة القواعد، ج ٦، رقم ٦٠٣، ص ٧٣٦.

والمظاهر الخارجية التي تؤيد الكذب إما أن تكون إستعانة بالغير، أو مباشرة بعض الأعمال المادية، أو إستغلال الصفة أو الثقة ^(١)، ولذلك حكم بأن الزوجة تعتبر فاعلة أصيلة في النصب إذا قامت بتأييد مزاعم زوجها، مما أدى بالمجنى عليه إلى دفع النقود له ^(٢)، كما حكم بأن قيام المتهم - في سبيل تأييد مزاعمه - بنشر إعلانات عن نفسه وعن مشروعه وعن فتح حساب في أحد البنوك تودع فيه الأموال التي يساهم بها في مشروعه وإعداد مقر فخم للشركة التي أنشأها ويديرها، من شأنها توفير جريمة النصب المعاقب عليها قانوناً ^(٣)، وحكم أيضاً بأنه إذا كان المتهم من رجال الدين وأوهم المجنى عليها أن في إمكانه أن يسحر لها ليصلحها على زوجها، وكانت صفته الدينية من شأنها توليد الإعتقاد لدى المجنى عليها بصدق إدعائه، فإنه يكون مرتكباً لجريمة النصب ^(٤).

وهكذا نجد الحيل في التدليس الجنائي أشد منها في التدليس المدني، فمجرد الكذب أو الكتمان يعد تدليساً في القانون المدني مادام قد ترتب عليه إيقاع الشخص في غلط جوهرى، ومادام قد تم ذلك بغية التضليل ^(٥)، في حين لا يعد كذلك في جريمة النصب إلا بوجود مظاهر خارجية تؤكددها، وأعمال مادية تدل عليها - على نحو ماسبق بيانه - وهذا ما حدا بالمشرع الجنائي إلى حصر الوسائل الإحتيالية التي يتكون بها جريمة النصب، وذلك لما لها من خطورة على المجتمع.

وعلى ذلك فإنه لا يشترط في التدليس المدني أن تبلغ الطرق الإحتيالية فيه الجسامة المطلوبة في التدليس الجنائي، بل يكفي أن تتجاوز حدود النزاهة المألوفة

(١) د. فتحى سرور، المرجع السابق، ص ٨٨٣.

(٢) نقض ج ٧ مايو ١٩٦٢، مجموعة الأحكام، ص ١٣، رقم ١١٢، ص ٤٤٣ (طعن رقم ٢٣٥٥ - لسنة ٣١ ق).

(٣) نقض ج ١٣ ديسمبر ١٩٧٠، مجموعة الأحكام، ص ٢١، رقم ٢٩٤، ص ١٢١٢ (طعن رقم ١٦٢٥ لسنة ٤٠ ق).

(٤) نقض ج ٧ ديسمبر ١٩٢٥، المحاماة، ص ٦، رقم ٧٧، ص ١٠٨.

(٥) د. أحمد سلامة، مذكرات في نظرية الإلتزام، الكتاب الأول، مصادر الإلتزام، ١٩٧٥، مؤسسة دار التعاون للطبع والنشر، ص ١٣٠.

فى التعامل حين يؤخذ الإحتيال فى التذلىس بمفهومة الواسع (١). ومرد ذلك إلى أن القانون المبنى يعنى سيادة مبدأ حسن النية فى إبرام العقود وتنفيذها، بخلاف الحماية الجنائية بتجريم النصب، حيث روى فيها صيانة أموال الناس، مما يفوت عليهم ملاحظته من الخداع المسبوك والذى يستهدف الإستيلاء على مال الغير (٢).

وبناء على ماتقدم فإن دائرة الحيل فى التذلىس المبنى أوسع منها فى التذلىس الجنائى، فكل حيلة تكون جريمة النصب، تكون كافية لتوافر التذلىس المبنى من باب أولى، وليس العكس. فما يعد حيلة مكونة للتذلىس المبنى، قد لا يتوافر معها التذلىس الجنائى (٣).

وبهذا يتضح الفارق بينهما نتيجة لوضوح الفارق بين الحيل المكونة لجريمة النصب، والحيل الدالة على التذلىس المبنى.

(١) الأستاذ/ محمود محمد الشارود، المرجع السابق، ص ٦٤.

(٢) د. فادية أبو شهبة، المرجع السابق، ص ٢٦٨.

(٣) راجع فى التمييز بين التذلىس المبنى والتذلىس الجنائى، حكم محكمة الإستئناف المختلطة ٨ مايو ١٩٣٤، ص ٤٦، ص ٢٨٢.

المطلب الرابع

الحيل التدليسية ، والغش La Fraude

تمهيد :

جاء في القاموس أن لفظ Fraude يعنى الغش ، ويقصد به المناورات المقرونة بسوء نية بهدف الأضرار بالغير ، ويعنى هذا أن الغش ما هو إلا مناورة وخداع يقصد به الإضرار بالآخرين ، وقد يتم الغش فى مواجهة الأفراد ، وقد يكون فى مواجهة القانون . وهكذا يتضمن الغش أساليب ملتوية ، ووسائل خادعة ، فالمدين الذى يبيع أمواله كلها أو بعضها يقصد إخراجها من الضمان العام للدائنين ، يكون قد ارتكب غشاً ، فى مواجهة الدائنين ، وهو بفعله هذا إنما استعمل أساليب المكر والخداع ، وبهذا المعنى يقترب الغش من الحيل التى يلجأ إليها أحد المتعاقدين ضد الآخر ، لإيقاعه فى غلط يدفعه إلى التعاقد .

العلاقة بين الحيل التدليسية والغش :

بعد هذا هو وجه الشبه بين التدليس والغش ، فكل منهما له أساليبه الماكرة ووسائله الخادعة التى تحيق السوء بالآخرين ، فكلاهما ينطوى على خبث نية فاعله ، وسوء مقصده ، ومن شدة التقارب بينهما استخدم كل منهما مكان الآخر ، حيث استخدم القانون الفرنسى لفظ dol بدلاً من لفظ Fraude فى المواد ٨٨٩ ، ١١٥٠ ، ١١٥١ من القانون المدنى الفرنسى (١) ، حيث كان استعماله فيها غير دقيق .

ومع هذا التقارب بين التدليس - متمثلاً فى الحيل المكونة له - وبين الغش إلا أن الخلاف بينهما واضحاً .

(١) فى هذا المعنى راجع : بلانبول ، الإلتزامات ، ج ٢ ، فقرة ١٠٦٦ ، ص ٣٥٦ ، وأيضاً روينيهيموج ، الإلتزامات بصفة عامة ، ج ١ ، فقرة ٣٣٩ ، ص ٥٣٥ وما بعدها ، وانظر أيضاً درأفت حماد ، المرجع السابق ، ص ٩٨ هامش (٢) ، د. د. عز الدين عبد الله ، القانون الدولى الخاص ، ط ٧ سنة ١٩٧٢ ، ج ٢ ، فقرة ١٤٩ .

فالتدليس وهو ينطوي على الخداع والحيل، ما هو إلا نوع من الغش الذي
يعنى إتباع الطرق الملتوية. وهذا يعنى أن الغش فى طرقه الملتوية أعم من التدليس،
وما التدليس إلا صورة بسيطة من صوره (١).

وأيضاً فإن التدليس يقع من أحد الطرفين ضد الآخر، بقصد إيقاعه فى
غلط يدفعه إلى التعاقد، فالتدليس فى الحقيقة يمارس فى مواجهة واحد من
المتعاقدين. أما الغش فإنه يمارس بواسطة أشخاص التعاقد، أو بواسطة شخص
منفصل لكى يضر الغير - من غير المتعاقدين - (٢). فأكثر ما يكون الغش فى
الأعمال التى تكون الدعوى البوليصة، وقد يتجه الغش مباشرة، إلى خرم القانون.
ومعنى ذلك أن محل التدليس هو التصرف القانونى الذى لم يكتمل بعد،
باعتباره عيباً ينتاب التصرف أثناء تكوينه، وبمجرد أن يكتمل التصرف لا تكون
المسألة تدليس بالمعنى الدقيق، وإنما فقط غش ضد حق مكتسب (٣).

وهكذا فإن التدليس يكون بمناسبة تصرف قانونى، أما الغش فإنه قد يقع
فى نطاق التصرف القانونى وقد يقع خارجه، على أن التدليس يكون أثناء تكوين
العقد أما الغش فإنه أثناء تنفيذه (٤).

وقد يثور التساؤل إذا ما استعمل أحد الطرفين حيلة تجاه الآخر فى المرحلة
التمهيدية للعقد، فهل يجوز للمضروب - حينئذ - أن يتمسك بالغش أم
بالتدليس؟.

(١) د. عبد الناصر العطار، نظرية الإلتزام، المرجع السابق، ص ١٦١، هامش (١)، الأستاذ محمد
نصر الدين زغلول، المرجع السابق، ص ٨٤٨، د. محمد حسنى عباس، العقد والإرادة المنفردة،
النهضة العربية، ١٩٥٩، بند ١٤١، ص ١٦٣.

(٢) ديموج : المرجع السابق، فقرة ٣٣٩.

(٣) بلانيول : المرجع السابق، فقرة ١٠٦٩.

(٤) د. السنهورى، الوسيط، ج ١، بند ١٧٩، ص ٤٢١، د. عبد الناصر العطار، المرجع السابق،
ص ١٦١، هامش (١)، أ. محمد نصر الدين زغلول، المرجع السابق، ٨٤٨، وفى قوانين
البلاد العربية، راجع : د. مصطفى الزرقاء، القانون المدنى السورى، بند ٩٧، ص ٩٠ / ٩١،
د. أحمد حسن البرعى، نظرية الإلتزام فى القانون الغربى، ط ١، ١٩٨١، ص ١١٢، وفى
فرنسا انظر : ديموج : المرجع السابق، فقرة ٣٣٩ آخرها.

وللإجابة عن هذا السؤال يمكن القول بأن العقد يمر بمراحل منها، مرحلة التمهيد له، ثم تكوينه، وأخيراً تنفيذه، وتعتبر المرحلة التمهيدية للعقد مرحلة هامة بالنسبة لبعض العقود، كما في الوعد بالتعاقد، والاتفاق الابتدائي، والعربون^(١).

وتعتبر المرحلة التمهيدية لهذه العقود من مراحل تكوين العقد، وعلى ذلك، إذا استعمل أحد الطرفين فيها طرقاً احتيالية ضد الطرف الآخر، جاز للأخير المطالبة بعدم إتمام العقد - لا إبطاله - حيث لم يتم بعد، وله في سبيل ذلك أن يمتنع عن تنفيذ الالتزامات التي تقع على عاتقه، بل له الحق في المطالبة بتعويض إذا لحقه ضرر من جراء الحيل المستخدمة ضده، باعتبار أن هذا عمل غير مشروع، وذلك وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية، ويترتب على ذلك أن التدليس يفسد - بإجرائه - العمل الذي أنشأه من أساسه، أما الغش فلا يفسد العمل ابتداءً، وإن أفسده فلا يكون ذلك إلا في حين تنفيذ العقد.

وخلاصة القول: فإن التدليس يتفق مع الغش باعتبار أن كلا منهما ينطوي على سوء القصد لدى فاعله، ومع ذلك فإنهما يختلفان من حيث الفاعل، والهدف، والمحل، وكذا الأثر.

فمن حيث الفاعل: نجد أن التدليس لا يكون إلا من أحد طرفي العقد في مواجهة الطرف الآخر، أما الغش فإنه قد يقع من الطرفين معاً بقصد الإضرار بالآخرين - كالمدين ومن تعاقد معه في الدعوى البوليسية - وقد يقع من غيرهما إما غشاً بالإفراد، وإما غشاً بالقانون.

ومن حيث الهدف: فإن المدلس لا يهدف بعينه سوى دفع المتعاقد معه إلى التعاقد، وذلك رغبة في تحقيق مكسب في الغالب الأعم على حد تعبير

(١) انظر في المرحلة التمهيدية للعقد: د. السنهوري الوسيط، ج ١، ص ٣١٩ - ٣٤٠.

الفقيه الفرنسي ديموج^(١) (Demogue) بخلاف الغش، فإن فاعله لا يهدف سوى الإضرار بالآخرين، أو خرم حرمة القانون، ولو لم يتحصل من ورائه على أية مكاسب شخصية، فالهدف في التدليس شخصي، مادي بخلاف الغش.

ومن حيث المحلل : فإن التدليس لا يكون إلا في علاقة تعاقدية ، بل وأثناء تكوين العقد، أو التمهيد له، أما الغش فقد يكون في العقد - كما في التعاقد إضراراً بالدائنين - ، وقد يكون خارج نطاق العقد، كالغش الحاصل من الشخص نحو القانون، ومن أبرز أمثلته، التحايل على الحظر الوارد في القانون المدني الجديد (م ٤٧١ ، ٤٧٢ ، ٤٨٠) كما لو استعار شخص اسم شخص آخر يتعاقد به^(٢).

وأخيراً يختلف الأثر في التدليس، عنه في الغش، فالتدليس يجيز للشخص طلب إبطال العقد للتدليس، وكذا المطالبة بتعويض إن كان له مقتضى - باعتباره عملاً غير مشروع - أما الغش فإنه يربط للطرف الذي وقع الغش ضده - المغشوش - المطالبة بتنفيذ العقد الصادر له تنفيذاً سليماً، أو

" Plus souvent por désit de réaliser un gain " . (Des obligations en general, (١) René Demogue 1 : p. 535).

(٢) م ٤٧١ : لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين، أن يشتروا، لا بأسمائهم ولا باسم مستعار للحق المتنازع فيه كله أو بعضه، إذا كان النظر في النزاع يدخل في إختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها، وإلا كان البيع باطلاً.

م ٤٧٢ : لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكلهم في الحقوق المتنازع عليها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها، سواء كان التعامل بأسمائهم أو باسم مستعار، وإلا كان العقد باطلاً.

م ٤٨٠ : لا يجوز للسماسرة ولا للخبراء، أن يشتروا الأموال المهددة إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها ، سواء كان الشراء بأسمائهم أم باسم مستعار
راجع إستئناف مخلط في ١٩٤٣/١/٢١ ، بلتان ، ص ٥٥ ، ص ٣٤ .

فسخ العقد مع التعويض. هذا إذا وقع الغش في علاقة تعاقدية، فإن كان خارجاً عنها، كغش المدين إضراراً بدائنيه فإنه يترتب عليه عدم نفاذ تصرفات المدين في مواجهة الدائنين - على نحو ما هو مقرر في الدعوى البوليصية -، أو البطلان.

وبناء على ماتقدم، وحتى يتضح الفرق بين التدليس والغش جلياً، أعقد مثلاً يوضح الفرق بينهما، فمثلاً: لو أن البائع أخفى عن المشتري عيباً جوهرياً في الشيء المبيع، فإنه يكون قد ارتكب في حقه تدليس، باعتبار أن الكتمان وقت الحاجة إلى البيان، تدليس ولكن هذا البائع لو باع المبيع نفسه لشخص آخر، فإنه يكون قد ارتكب غشاً بالنسبة إلى المشتري الأول^(١)

(١) راجع في هذا المثال الفقيه الفرنسي ديموج، المرجع السابق،قرة ٣٣٩. حيث ذكر
Ainsi le vendeur qui Trompe l'acheteur sur la qualite de L'objet vendu com-
met un dol un vendeur qui vend La chose à un second acheteur commet à
l'egard du premier une fraude

المطلب الخامس الحيل التدليسية والصورية

العلاقة بينهما :

تنفق الصورية مع الحيل التدليسية في أن كلا منهما يعبر عن حيلة تستخدم عمداً بقصد الوصول إلى هدف معين، فكما أن الحيل التدليسية وسائل خداع لإيهام غير الحقيقة، فإن الصورية ماهي إلا حيلة لإظهار أمر وإخفاء آخر. بحيث يكون الظاهر غير مقصود، وذلك لإخفاء حقيقة الأمر المستتر، ومن هنا كانت الصورية شبيهة بالحيل التدليسية، بجامع أن كلا منهما يظهر خلاف ما يظن.

ومع هذا التشابه يظل الفارق بين الأمرين واضحاً وذلك من عدة نواحي^(١):

فمن ناحية الأطراف : نجد أن الحيل التدليسية تتم بواسطة أحد طرفي التصرف القانوني، لتضليل المتصرف معه وإيقاعه في غلط يدفعه إلى التصرف، في حين نجد الصورية تفترض قيام تدبير وإتفاق بين الطرفين، أي أنها عمل يتفق عليه طرفا التصرف القانوني متواطئين معاً فلا يغش أحدهما الآخر، فيكون كل منهما على بينة من الحقيقة، وإنما يقصدان معاً غش الغير، أو إخفاء حقيقة ما.

ومن حيث الغرض : نجد أن الحيل التدليسية دائماً عمل غير مشروع، إذ يقصد بها دائماً غش الغير، وإيهامه خلاف الحقيقة Misrepresentation لإيقاعه في غلط يدفعه إلى التعاقد، والمشروع منها نادر وقليل، بخلاف الصورية فهي، وإن كان جل أغراضها غير مشروع، إلا أنها قد تستخدم لغرض مشروع لا يقصد بها الإضرار بالآخرين، وذلك كشخص يريد أن يؤثر أحد أبنائه بشئ زائد من ماله لما يراه فيه من جد واجتهاد في تكوين ثروته، فينشئ له هبة في صورة بيع، حتى لا يثير البغضاء والشحناء بين أفراد أسرته.

(١) راجع في الاختلاف بين الحيل التدليسية والصورية : د. السهنوري، الوسيط، ج ٢، بند ٦١٥، ص ١٠٧٧، عز الدين الدناصورى، وعبد الحميد الشواربي، الصورية في ضوء الفقه والقضاء، ص ٨، وما بعدها، د. إسماعيل غانم، النظرية العامة للإلتزام، ج ٢، بند ٨٦، ص ١٩٦، د. رأفت حماد، المرجع السابق، بند ٢١٠، ص ١٨.

ومن حيث النطاق : نجد أن الحيل التدليسية لا تكون إلا في مجال التصرفات القانونية الصادرة من الجانبين (العقود) حيث يقوم بها طرف ضد آخر في العقد أو يقوم بها الغير ضد أحد طرفي التعاقد، فمجالها العقد فقط، بخلاف الصورية فهي وإن كان مجالها التصرفات القانونية الصادرة من الجانبين وهذا هو الغالب، إلا أنها قد توجد في التصرفات القانونية الصادرة من جانب واحد، بشرط أن تكون موجهة إلى شخص معين، كما هو الحال في التنازل عن حق عيني، أو الإبراء من دين، بل إن الأحكام أيضاً قد تكون محلاً للصورية، ومن أبرز أمثلتها في الأحكام، أحكام رسو المزاد، والتي لا تعدى مهمة القاضى فيها مجرد إستيفاء الإجراءات الشكلية .

وأخيراً من حيث طرق الإثبات : حيث نجد الحيل التدليسية مسألة وقائع، بل واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات، وهذا هو المتفق عليه في ظل القانونين المصرى والفرنسى، وإن كان القانون الإنجليزى يعتبر العناصر المكونة للتدليس - ومنها الحيل - مسألة قانون لا واقع، ويرجع السبب في ذلك إلى فكرة الأخذ بالسوابق القضائية، والتي يعتنقها قوانين البلاد الأنجلوسكسونية^(١)، أما الصورية فإنها تصرف قانونى، وبالتالي تخضع للقواعد العامة في إثبات التصرفات القانونية، بحيث لا يجوز إثباتها إلا بالكتابة فيما جاوز قيمته المائة جنيهاً. وسوف يأتي إيضاح ذلك في حينه، إن شاء الله تعالى.

هذا وقد تجتمع الصورية والتدليس في عقد واحد، كما لو اتفق الطرفان على إبرام عقد بيع صورى يستر عقداً حقيقياً، ويقوم المشتري بإعطاء البائع « ورقة ضد» بتوقيع مزور، تدليساً منه على البائع^(٢).

(١) في هذه المسألة انظر : يحيى تاج الدين ، في رسالته « التدليس المريب للرضا في القانون الفرنسى »، رسالة ليون، ١٩٢٦، ص ٤٦ حيث ذكر أن

En droit anglais la question de 'a détermination des éléments Constitutifs de la misrepresentation fraudul euse est essentiellement une question de droit, Il en va tout différemment en droit français.

(٢) انظر في هذا : نقض مدنى ١٨ نوفمبر ١٩٣٧، مجموعة عمر ج ٢ ، رقم ٧٣ ، ص ١٩٩

المطلب السادس

الصورية ، والتحفظ الذهني Réserve mentale

تمهيد

يقصد بالتحفظ الذهني إستقلال أحد الطرفين في علاقة ما - دون أن يتفق في ذلك مع الطرف الآخر - بإظهار إرادة، وإبطان أخرى تختلف عن الأولى، إرادته الظاهرة غير جدية، إذ تحفظ ذهنياً بإرادة باطنة تختلف عنها^(١). كما لو كان هازلاً في حين كان الآخر جاداً.

العلاقة بين الصورية والتحفظ الذهني

يبدو من تعريف التحفظ الذهني أنه قريب الشبه بالصورية، حيث يتفق معها في أن كلا منهما يؤسس على وجود إرادة مستترة، وراء إرادة ظاهرة.

ومع هذا يظل الاختلاف بينهما قائماً ذلك أن التحفظ الذهني يقع في إرادة أحد الطرفين فقط، دون الطرف الآخر، وهذا بخلاف الصورية التي تكون فيها الإرادة الظاهرة مختلفة عن الإرادة الباطنة بإتفاق الطرفين معاً، فالصورية تعبير عما إتفق عليه كل من الطرفين لا واحد منهما فقط، لأنهما اشتركا معاً في إيجاد المظهر الكاذب^(٢)، فالتحفظ الذهني بناء على ذلك ماهو إلا نوع من أنواع إختلاف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة، وأيهما أحق بالعمل بها هل الإرادة الظاهرة، أم الإرادة الباطنة ؟

وللإجابة عن هذا السؤال نجد أن هناك نظريتين تسمى الأولى منهما

(١) د. السهروري، الوسيط، ج ٢، بند ٦١٥ ص ١٠٧٨ د عبد الرحمن عياد. أساس الإلتزام العقدي، ١٩٧٢. ص ٤٩ د وحيد الدين سنوار التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي. ط ١ ١٩٦٠ ص ٣٧٧ فقرة ٣٨٩

(٢) د إسماعيل عاتم. المرجع السابق ص ٨٦ ص ١٩٧ د السهروري المرجع السابق ص ١٠٧٨ د رأفت حماد. المرجع السابق ص ٢٢

بالنظرية الألمانية، وفيها أن التعبير عن الإرادة ذو قيمة ذاتية، فهو الظاهرة الاجتماعية التي تصل إلى علم الغير، ويوكن إليها، وينشأ عنها الأثر القانوني ومن ثم فإن هذه النظرية ترجع القول بالإرادة الظاهرة، ولعل المرجع لها في ذلك إعتبارات عملية، وهي وجوب إستقرار التعامل بين الأطراف، وتسمى الثانية فيهما بالنظرية الفرنسية، والتي تذهب إلى وجود الأخذ بالإرادة الباطنة، وأن الإرادة الظاهرة ماهي إلا وسيلة للكشف عن الإرادة الباطنة، وبالتالي لا عبء بها إذا لم تكشف عن الإرادة الحقيقية وهي الإرادة الباطنة.

ويدو أن المشرع المصري تأثر كثيراً بنظرية الإرادة الظاهرة، وإن وجدت بجانب ذلك إحترام الإرادة الباطنة، ومحاولة الكشف عنها^(١).

(١) راجع في تفصيل ذلك في الفقه المصري كتب الفقهاء في نظرية الإلتزام، الجزء الخامس بمصادر الإلتزام، حيث أفردت لهاتين النظريتين وموقف المشرع المصري منهما، أبحاثاً مطولة، لا يتسع المقام لشرحها تفصيلاً

المطلب السابع

الصورية، والإنفاق الإضافي

تمهيد :

الإنفاق الإضافي هو : عقد جدى جديد، بإرادتين جديدتين جاء معدلاً لإنفاق سابق جدى كلياً أو جزئياً، فقد يكون حسب الأحوال إبراء من دين أو فسخاً أو استبدالاً لدين (١).

فمثلاً : إذا اتفق الطرفان على عقد إيجار، ثم بدا لهما بعد ذلك أن يدخلوا فيه تعديلاً ، كما لو تدخلوا بتخفيض الأجرة، لم يكن هناك عقد صوري، وآخر حقيقي، بل هناك عقدان حقيقيان، الأخير منهما يعدل العقد الأول، ومن ثم تطبق القواعد العامة من حيث سريانه على المتعاقدين، وعلى الغير على السواء.. ويمكن الطعن عليه بالدعوى البوليصة (م ٢٢٧) إذا توافرت شروطها.

العلاقة بين الصورية والإنفاق الإضافي :

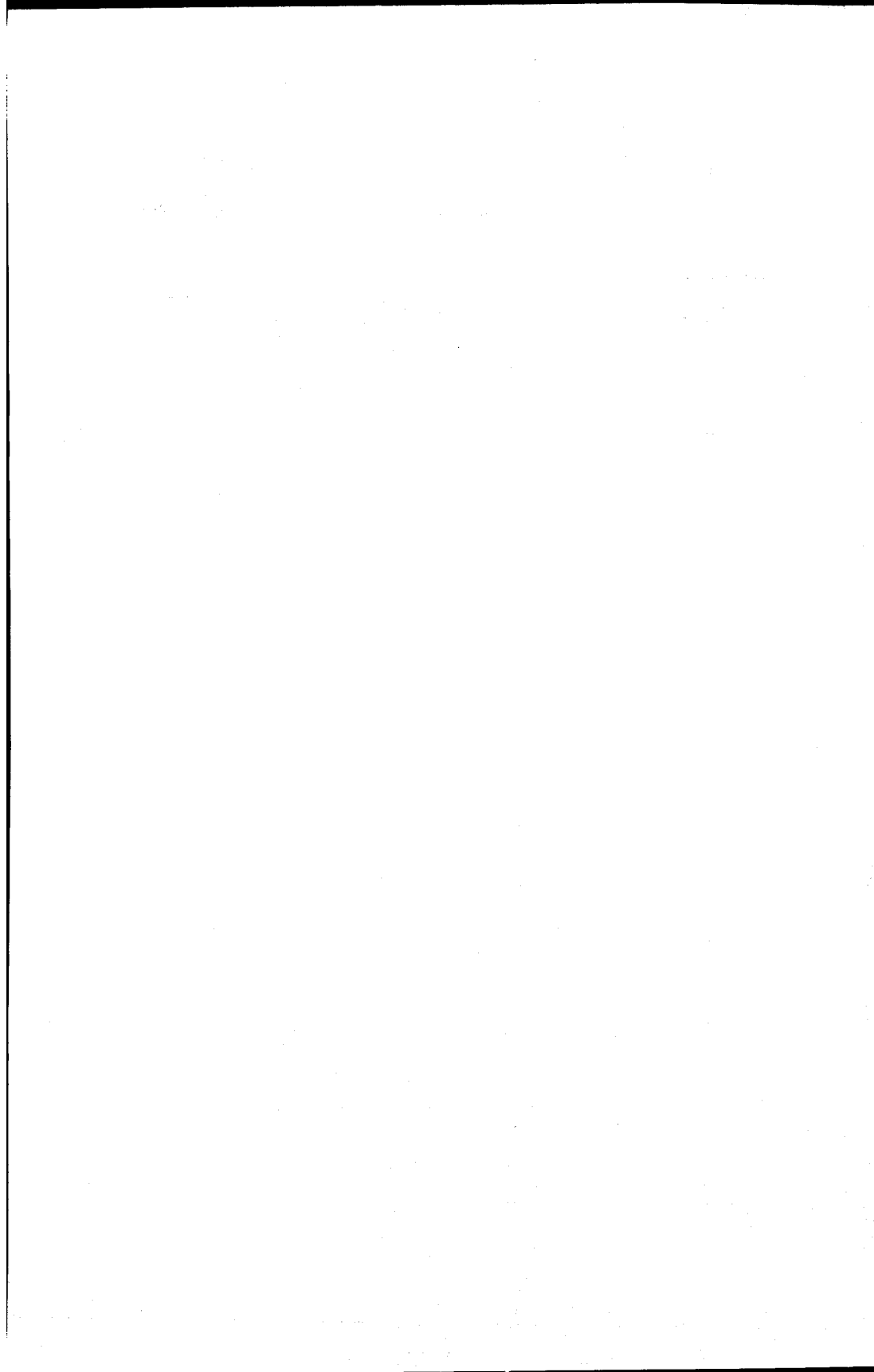
مما سبق يتضح أن الإنفاق الإضافي قريب الشبه بالصورية، حيث أن كلا منهما يتكون من عقدين أحدهما يعدل الآخر، أو يغيره، أو ينقل آثاره.

ولكن مع وجود هذا التشابه بينهما إلا أن الفارق بينهما واضح، فإذا وجد عقدان حقيقيان فى الإنفاق الإضافي ، يعدل الأخير منهما الأول، فإن الصورية يوجد فيها عقدان، أحدهما جدى وهو العقد المستتر «ورقة الضد» والآخر غير جدى يستخدم ستاراً ظاهراً لإخفاء حقيقة ماستره المتعاقدان، وهذان العقدان يجب أن يكونا متعاصرين، وذلك بعكس الإنفاق الإضافي فإن أحدهما يكون لاحقاً للآخر، وبهذا يتضح التفرقة بينهما من زاويتين :

(١) د. السنهوري، الوسيط، ج ٢، بند ٦١٥، ص ١٠٧٨، د. أحمد نشأت، رسالة الإثبات، ج ١، ط ٢، ١٩٧٢، دار الفكر العربى، بند ٢٤٤، ص ٣٧٠.

الأولى : أن العقدين فى الإتفاق الإضافى جديان، بخلاف الصورية، فالظاهر غير جدى بينما المستر فقط هو الجدى.

الثانية : العقدان فى الإتفاق الإضافى أحدهما سابقاً، والآخر لاحقاً يعدل من الأول، ويغير فيه، أو ينقل آثاره، بخلاف الصورية فهى وإن كان أحد العقدين يعدل من العقد الآخر أو يغير فيه، أو ينقل آثاره إلا أنه يجب أن يكونا متعاصرين، وهذا هو وجه الاختلاف بينهما.



الفصل الثاني

تعريف الحيلة في الفقه الاسلامي ، وتمييزها عما يشبه بها

تمهيد وتقسيم:

تعددت المذاهب الفقهية وتباينت، تبعاً لاختلاف العصور والامصار، وحاجة الناس في كل عصر ومصر، وتنوع مصادر المعرفة، وكثرت الاجتهادات ولذلك تناول أئمة الفقه الاسلامي الحيلة بتعريفات كثيرة، اتحدت في بعضها واختلفت في البعض الآخر على ان الحيلة قد تلبس بغيرها من المعاني لما بينهما من كبير شبه في زاوية من الزوايا

ولهذا فسوف أعقد لهذا الفصل المبحثين التاليين
المبحث الأول: في تعريف الحيلة في الفقه الاسلامي
المبحث الثاني: في تمييز الحيلة عما يشبه بها من معان.

المبحث الأول

تعريف الحيلة في الفقه الاسلامي

تمهيد:

وفقا لما جرت به العادة عند الوقوف على معنى معين أن ينظر أولا في أصل الكلمة عند اللغويين ثم معناها في اصطلاح الفقهاء المسلمين، ولذلك فإن تعريفنا للحيل سوف يسلك هذا الطريق فنبدأ بتعريفها عند علماء اللغة ثم تعريفها لدى اصطلاح الفقهاء، وإن كان هناك تعارف عليها يقتضى القاء الضوء على معناها عرفا لدى عامة الناس. وذلك على النحو التالي

الحيلة في اللغة:

الحيل: جمع حيلة والحيلة مشتقة من الحول، فهو من حال، يحول، حولا، فالحول: الحيلة، قال ابو زيد: ماله حيلة، ولا محالة، ولا احتيال، ولا محال، ولا حول، ولا حوليل، ولا حيل بمعنى واحد.

والحيلة (بالكسر) اسم من الاحتيال وهو من الواو، وكذلك الحيل، او الحول، يقال: لاحيل ولاقوة الا بالله لفة في لاحول ولاقوة. وفي دعاء يرويه ابن عباس عن النبي ﷺ «اللهم ذا الحيل الشديد» والمحدثون يروونه ذا الحيل (بالياء) قال ابن الاثير: ولا معنى له والصواب ذا الحيل (بالياء) أى ذا القوة^(١).

قال ابن سيده: الحول، والحيل، والحول، والحيلة، والحويل، والمحالة، والاحتيال، والتحول، والتحيل: الحذق وجودة النظر والقدرة على دقة التصرف^(٢).

وجاء في القاموس ان الحول، والحيل، والحيلات جمع حيلة. يقال: ما أحوله وأحيله على سبيل التعجب، وهو احول منك على سبيل الخبر، والاحتيال، والتحول والتحيل: الحذق وجودة النظر والقدرة على التصرف^(٣).

(١) لسان العرب فصل الحاء حرف اللام، مادة حول، مختار الصحاح مادة «حول»

(٢) لسان العرب، المرجع السابق.

(٣) القاموس المحيط، فصل الحاء باب اللام، مادة «حول».

قال ابو البقاء: الحيلة من التحول لان بها يتحول الشيء من حال إلى حال بنوع تدبير ولطف يحيل به الشيء عن ظاهره^(١).

وقال الراغب: اصل الحول: تغير الشيء وانفصاله عن غيره، وباعتبار التغير قيل: حال الشيء يحول، حوولا. واستحال: تهياً لأن يحول، وباعتبار الانفصال قيل: حال بينى وبينك، وقولك حولت الشيء فتحول: غيرته اما بالذات وأما بالحكم والقول، ومنه قولك: لو كان ذا حيلة لتحول.... ثم قال: والحيلة: ما يتوصل بها الى حالة ما فى خفية، واكثر استعمالها فيما تعاطيه خبث^(٢)، وقد تستعمل فيما فيه حكمة، ولهذا قيل فى وصف الله تعالى «وهو شديد المحال»^(٣)، أى الوصول فى خفية من الناس إلى ما فيه حكمة، وعلى هذا النحو وصف بالمكر والكيد لاعلى الوجه المذموم تعالى الله عن القبيح^(٤).

يتضح مما سبق أن الحيلة قد تكون مصداقاً بمعنى الاحتيال، وقد تكون اسماً لمابه الاحتيال، ولهذا تطلق الحيلة لغة ويراد بها المعانى الآتية:

أ- الحيلة فعلة من الحول وهو الحذق وجودة النظر والقدرة على التصرف الذى يتحول به فاعله من حال إلى حال، فمن حاول الوصول إلى أمر أو الخلاص منه فما يحاول به حيلة يتوصل بها إلى المقصود.

والحيلة بهذا المعنى لا تشعر بمدح أو ذم، كما أنها لا تنقيد بخفاء أو ظهور

(١) تاج المروس للزبيدي، فصل الحاء من باب اللام، مادة (حول).

(٢) الخبث والخبث: ما يكره رداءة وخساسة، محسوساً كان أو معقولاً، وأصله الردىء كما يقول الشاعر، سيكناه ونحسبه لجينا . فأيدى الكير عن خبث الحديد. (غريب القرآن للأصفهاني، مادة ك خبث).

(٣) سورة الرعد (آية ١٣)

(٤) غريب القرآن، مادة (حول).

فى وسيلتها أو غايتها، فهى بهذا المعنى عامة على الإطلاق، فهى أعم من أن تكون جائزة، أو غير جائزة، بل أن الحيلة بهذا المعنى قد يعترىها الأحكام التكليفية الخمسة، وهى الإيجاب والندب والإباحة والتحريم والكراهة، ولذلك يقول ابن القيم فى أعلام الموقعين: «أن مباشرة الأسباب حيلة على حصول مسبباتها، فالأكل والشرب واللبس والسفر حيلة على المقصود منه، والعقود الشرعية واجبها، ومستحبها، ومباحها، كلها حيل على حصول المقود عليه، والأسباب المحرمة كلها حيل على حصول مقاصدها منها»^(١).

وبهذا المعنى جاء تعريف المعجم الوسيط للحيلة.

ب- تطلق الحيلة ويراد بها اتباع الطرق الخفية التى يتوصل بها إلى حصول المقصود، بحيث لا يتفطن لها إلا بنوع من الذكاء والفطنة. وإلى هذا المعنى أشار المعجم الوسيط بقوله: «الحيلة وسيلة بارعة.. الخ».

وهذا المعنى هو الغالب فى العرف اللغوى، وهو أخص من وضعها فى أصل اللغة، وذلك لأن الوسائل إلى المقصود روى فيها الخفاء.

على أن الخفاء فى الوسائل قد يكون من جهة أن لها ظاهراً وباطناً، فيقصد فاعلها الباطن لا الظاهر، كما فى المعارض القولية والفعالية، ومنه قول النبى ﷺ لمن سأله من أنتم؟ قال: نحن من ماء؟.

فقال السائل: أحياء اليمن كثيرة لعلهم منها وانصرف^(٢).

وقد يكون الخفاء فى الوسائل من جهة أن الذهن لا يلتفت عادة إلى أنها توصل إلى المقصود، وإن كان ظاهراً وباطناً سواء.

على أن الحيلة بهذا المعنى لا تحمد على الإطلاق، كما أنها لا تنم على

(١) أعلام الموقعين لابن القيم، ج ٣، ص ٢٤١، دار الجيل - بيروت

(٢) راجع القصة بتمامها: البداية والنهاية للحافظ ابن كثير، ج ٣، ص ٢٦٤. وانظر لفظة اعانة اللهفان فى مصابيد الشيطان لابن القيم، ج ١، ص ٣٨١.

الاطلاق، وإنما تتبع في ذلك الطرق التي توصل إليها، والمقاصد المراد تحقيقها، وهي بهذا المعنى أخص من المعنى الأول، حيث قيدت الحيلة فيه باتباع الوسائل الخفية التي تحتاج إلى حذق ومهارة وفطنة وذكاء.

ج- تطلق الحيلة ويراد بها اتباع الطرق الخفية التي يتوصل بها إلى الغرض المذموم شرعاً أو عقلاً أو عادة.

وهذا الإطلاق هو الغالب في عرف الناس، فانهم يقولون: فلان من أرباب الحيل، ولا تعاملوه فإنه محتال، وفلان يعلم الناس الحيل، ولا يقصدون بذلك إلا المعنى المذكور، وقد أشار الراغب إلى هذا المعنى بقوله «... وأكثر استعمالها فيما في تعاطيه خبث».

والحيلة بهذا المعنى أخص من إطلاقها بالمعنى الثاني، لأن اتباع الطرق الخفية هنا مقصود به الوصول إلى الأغراض المذمومة.

د- تطلق الحيلة ويراد بها اتباع الطرق الخفية التي يتوصل بها إلى الغرض المحمود، والحيلة بهذا المعنى على النقيض من المعنى السابق، ولكنها على نفس درجته من التخصيص لأن المقصود بها خص بما يحمد مطلقاً.

وهذا المعنى هو المشهور في الفقه الحنفي، والذي وضعوه تحت مسمى «المخارج من المضايق بوجه شرعي»، وأشار إلى هذا المعنى الامام النسفي حيث قال: الحيل جمع حيلة، وأصلها الواو، وهي ما يتلطف بها لدفع المكروه أو لجلب المحبوب^(١).

وهذا المعنى هو المراد من قول الراغب «..... وقد تستعمل فيما في تعاطيه حكمة».

ويبدو من تعريف المعجم الوسيط للحيلة بأنها: الخدعة. أن هذا التعريف

(١) طلبة الطلبة، للامام النفسي، ص ١٧١، مكتبة المثنى ببغداد، ١٣١١هـ

يشمل المعنى الثالث والرابع معا، لأن الخدعة قد تكون اتباع الطرق الخفية فيما يذم وفيما يحمد على السواء، ومن هذا المعنى قول النبي ﷺ «الحرب خدعة» (١).

وعلى الجملة فإن الحيلة بمعناها اللغوي جنس يضم تحته: التوصل إلى فعل الواجب والمندوب والمباح، وترك المحرم، وتخليص الحق، ونصر المظلوم، والأخذ على يد الظالم، وعقوبة المعتدى، كما أن تحت هذا الجنس أيضا: التوصل إلى استحلال المحرم، وإبطال الحقوق، واسقاط الواجبات.

الحيلة في اصطلاح الفقهاء:

تمهيد:

يمكن القول بداية أن علماء المسلمين وفقهاءهم لم يتناولوا الحيلة بهذا المعنى العام الذي قال به علماء اللغة، ولذلك فقد اختلفت عبارات الفقهاء في تعريف الحيلة، تبعا لاختلاف الزاوية التي ينظرون منها إليها، فمنهم من نظر إليها على أنها تؤدي إلى اغراض مشروعة لاتنافي للدين غرضا، ولاتأبى للشرعية مقصدا، ولايراد بها ابطال حق، أو احقاق باطل، وإنما الهدف منها اليسر ورفع الحرج والخروج من المشاكل والازمات إلى بحبوحة التسامح والرفق والرحمة، فإذا ما قصد بها غير ذلك من أغراض خبيثة، ومقاصد سيئة كانت الحرمة حكمها، والعمل على ابطالها واجب ديني، وهؤلاء هم الحنفية، الذين تكلموا في الحيل أكثر من غيرهم، باعتبارها مخرجا شرعيا لمن ابتلى بحادثة دينية، مادام ذلك لا يناقض أصلا من أصول الدين وقواعده الكلية.

ولعل هذا من أهم اسباب مرونة هذا المذهب الفقهي واتساعه ونمو أفكاره، ويتفق معه - إلى حد كبير - المذهب الشافعي، حيث أن من أصول هذا المذهب جريان العقود على ظاهر الأمر دون السؤال عن القصد، وربما أخذ عن المذهب أيضا عدم تأثر العقد بما يسبقه من مواطأة، وعدم فساده بما يقارنه من نيات، وذلك على خلاف عن الامام الشافعي في هذين الاصلين، ولو علم الشافعي أن

(١) خدعة: مثلثة الغاء، والفتح أشهر والذال ساكنة ويجوز مع الضم فتح الذال. وهذا الحديث رواه الامام مسلم في صحيحه بشرح النووي عن أبي هريرة، ج ١٢، ص ٤٥، ورواه أيضا البخاري في صحيحه بشرح الكرماني، ج ١٣، ص ٣٣.

كلامه يفضى إلى الحيل ما قاله وقرره، ولذلك أثر عنه انه قال فى شأن اقرار المريض لوارث: أقبل قراره احسانا للظن بالمقر، وحملا لقراره على السلامة، ولا سيما عند الخاتمة^(١).

يبد أن غالبية الفقهاء نظروا إلى الحيلة باعتبارها وسيلة تعمل على هدم قواعد الشريعة، وخرم أحكامها، فهى ذلك الوجه المذموم الذى يتخذه المحتال أساسا للفرار من الاحكام الشرعية، ومناهضة تعاليم الدين.

ويمكن القول بأن المالكية والحنابلة هم أشد خصوم الحيل، ومن المنكرين لها، والناعين على الأخذ بها، ويمكن التعرف على هذه الحقائق من خلال تعريفات الفقهاء للحيلة على النحوالتالى قاصرا ذلك على المشهور من المذاهب الفقهية الأربعة وما أشتهر^م المذاهب الاخرى. كلما كان ذلك ممكنا، وذلك على النحو التالى:

تعريف الحنفية للحيلة:

إذا كان الغالب بين الفقهاء والمشهور لديهم ذم الحيل والمحتالين، باعتبار الحيلة وسيلة لهدم قواعد الشريعة فى الواقع، فان البعض منهم نظر إلى الحيل على أنها السبيل الذى يخلص المرء من الشدائد والطريق الذى يصل به إلى شاطئ الأمان النفسى كلما ضاقت به السبل، وتنكرت له أسباب الحياة، مادام لا يقدح ذلك فى أصل من أصول هذا الدين الحنيف، فان ترتب على ذلك اسقاط حق، أو تحليل حرام، أو جلب مفسدة، أو الفرار من حكم شرعى، فان ذلك يعنى صراحة القول بالحيل فى ثوبها المذموم.

وعلى رأس هذه الطائفة من الفقهاء، الحنفية، الذين اشتهروا بمزاولة هذا اللون الفقهى فى كثير من المسائل، فكانت تعبيرات فقهاءهم عن الحيلة عاما،

(١) الحيل الشرعية وأثرها فى نمو الفقه الاسلامى، رسالة دكتوراه، ص ٣٠٨، أعلام الموقعين، ج ٣، ص ٢٦١.

كما فى كلام أهل اللغة، بحيث يندرج تحتها نوعيها الجائز وغير الجائز. نرى ذلك واضحا من خلال تعريفات فقهاء الحنفية للحيلة، فقد ذكر ابن نجيم الحنفى بأن الحيلة هى «الحذق فى تدبير الأمور - وهو تقليب الفكر - حتى يهتدى إلى المقصود»^(١).

وأرى أن هذا التعريف لا يخرج عن كلام أهل اللغة، فالحيلة فى نظر ابن نجيم ماهى الا فطنة وذكاء، وقد تستعمل هذه الفطنة فى اتباع ماشرعه الله، والوصول إلى الحلول واستنباط الاحكام، كما أنها قد تستعمل فى غير ذلك من ابطال للحق، واحقاق للباطل، ونصرة الظالم... الخ. وهذا هو عين كلام اللغويين - كما سبق - .

ولقد صرح بعض فقهاء الحنفية بهذا العموم وهو بصدد الكلام عن الحيلة، حيث ذكر شمس الائمة السرخسى فى كتابه المبسوط ان الحيلة جنس يندرج تحتها انواع، وكأن الحيلة فى نظره تشتمل على الاحكام التكليفية الخمسة، فقد ذكر أن «من تأمل أحكام الشرع، وجد المعاملات كلها بهذه الصفة»^(٢).

وان كنت أرى أن هذا العموم فى كلام السرخسى لا يدل على الحقيقة على الاطلاق، ذلك أن مباشرة الاسباب للحصول على مسبباتها، ليست حيلة فى حد ذاتها، اذ أنها أحكام وضعية، من وضع الشارع الحكيم، جعلت من أجل استقامة العيش فى الحياة، فهى أشبه بقواعد ثابتة، عبارة عن مقدمات تؤدى إلى نتائج، بخلاف الحيلة فانها تدل على مهارة وحذق فى التوصل إلى المقصود بما ظهر منها. فالبيع يؤدى إلى انتقال ملكية المبيع إلى المشتري فى مقابلة ثمن يدفعه للبائع، وكذا الاجارة والعارية وغيرها، فهذه عقود شرعية، وضع الشارع لها أحكاما من شأنها أن مباشرة أسبابها تؤدى إلى حصول المقصود منها، فهى أحكام

(١) الاشياء والنظائر، لابن نجيم الحنفى، ص ٤٠٦.

(٢) المبسوط، لشمس الائمة السرخسى، ج ٣٠، ص ٢١٠ ومابعدها.

وضعية، ومقدمات منطقية، يترتب عليها نتائج حتمية، ولذلك سميت بالاحكام
الوضعية، والتي هي جعل الشيء سببا لشيء آخر أو شرطا له أو مانعا منه، أو
صحيحا أو فاسدا أو باطلا^(١).

ويبدو أن الامام السرخسى لم يقصد بالحيلة هذا العموم المطلق، وإنما قصد
الوصول إلى الحلول الشرعية ولو كان ذلك بنوع من الذكاء، ولذلك فانه ذكر
بعد هذا الموضع مباشرة أن «من كره الحيل في الاحكام فانما يكره في الحقيقة
أحكام الشرع»^(٢)، ولعله أراد بذكر السبب وحصول النتائج المترتبة عليه ما ذكر
الامام الشاطبي في موافقاته من أن «السبب غير فاعل بنفسه، إنما وقع المسبب
عنده لا به»^(٣).

وهكذا نجد أئمة الاحناف ينظرون إلى الحيلة باعتبارها معنى عاما يشتمل
على كل أنواعها المحمود منها والمذموم، وأن الوصول بها إلى المقصود لا يكون الا
بنوع من الذكاء والفطنة، وقد سار على نهجهم نفر من العلماء، كابن حجر
العسقلاني، والعلامة العيني، حيث عرفا الحيلة بأنها «ما يتوصل بها إلى المقصود
بطريق خفي»^(٤).

غير ان التعريف الذي يعد واجهة مشرقة لهذا المذهب الفقهي، والمعبر بحق
عن حقيقة هذا المذهب هو تعريف الامام الحموي في شرحه لكتاب الاشباه
والنظائر لابن نجيم، حيث ذكر أن «الحيل جمع حيلة، وهي الحذق وجودة
النظر، والمراد بها هنا - أي في المذهب - ما يكون مخلصا شرعيا لمن ابتلى بحادثة

(١) في هذا المعنى: د. عبد المجيد مطلوب، طرق استنباط الاحكام في النصوص، ١٩٨٦، ص ٨، د.
عبد الفتاح الشيخ، دراسات في اصول الفقه، ١٩٧٣، ص ٤٨، وأيضا الشيخ أبو زهرة في كتابه
أبي حنيفة حيث ذكر قوله «وعندي أن هذا لا يعد من الحيل على حد تعريف الفقهاء» ص
٤٢٥.

(٢) المبسوط، للسرخسى، ج ٣٠، ص ٢١١.

(٣) الموافقات للشاطبي، ج ١، ص ١٣٦، دار الفكر.

(٤) فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج ١٢، ص ٣٤٢، عمدة القاري للعيني، ج ٢٤، ص
١٠٨.

دينية، ولكون المخلص من ذلك لا يدرك الا بالحدق وجودة النظر، اطلق عليه لفظ الحيلة^(١).

فهذا التعريف هو المعبر بوضوح - من وجهة نظري - عن حقيقة المذهب الحنفي، ونظرتة إلى الحيلة، حيث أفرد لها أبواباً مستقلة في كتب الاحناف تسمى باب المخارج من المضايق بطريق شرعي، ولا يقصدون بذلك الا الحيلة، واشتهر بها الامام أبو حنيفة حتى نسب اليه أنه ألف كتاباً في الحيل، وذلك على غير الحقيقة، من كثرة ما أفتى بها، واعتبرها مخرج من المضايق في كل حادثة دينية ليس لها نص صريح يحكمها.

تعريف المالكية للحيلة:

يعتبر المالكية والحنابلة من أشد المعارضين للحيل والقول بها، فهي في نظرهم ماهی الا وسيلة مذمومة يقصد بها خرم قواعد الشريعة في الواقع وحقيقة الامر.

ولذلك جاء تعريف المالكية للحيلة معبراً بوضوح وجلاء عن هذه الحقيقة، حيث نجد الامام الشاطبي^(٢) وهو أحد جهابذة المذهب المالكي الذين لهم باع طويل في فهم هذا المذهب والتعرف على أحكامه ومفاهيمه، ينعي على القائلين بالحيل، ويشدد من هجومه عليهم، باعتبار الحيلة لون فقهی مذموم، يلجأ اليه للافلات من أحكام الشريعة، وخرم قواعدها في صورة عمل يوافق ظاهره أحكام الشرع ولا يناقضه، ولذلك فانه يعتبر - ويحق - مرآة صادقة في التعبير عن هذا المذهب.

وعندما أراد الشاطبي أن يقف على حقيقة الحيل. نظر اليها نظرة ضيقة باعتبار ما تؤدي اليه من مراوغة المحتال للقرار من الاحكام الشرعية، فهي ذلك

(١) غمز عيون البصائر، شرح كتاب الاشياء والنظائر، للحموي، ج ١، ص ٣٨.

(٢) الشاطبي: هو ابراهيم بن موسى بن محمد الشهير بالشاطبي، من لخم، من أهل غرناطة، لم يذكر المؤرخون عام مولده على وجه التحديد، ولكنه توفي عام ٧٩٠هـ = ١٣٨٨م، وهو الأصولي الحافظ، من أئمة المالكية ومن كتبه الموافقات في أصول الشريعة، والمجالس، وقد شرح به كتاب البيوع من صحيح البخاري، والافادات والانشاءات في الأدب، والانفاق في علم الاشتقاق، واصول النحو... الخ.

اللون المذموم الذى اشتهر بين الناس إلى الحد الذى كانوا يحتاطون فيه من أرباب الحيل، ولذلك فانه يعرف الحيلة فى موافقاته بأنها «تقديم عمل ظاهر الجواز، لا يبطال حكم شرعى وتحويله فى الظاهر إلى حكم آخر، أو إلى إسقاط الحكم الشرعى، وأن مآل العمل فيها خرم قواعد الشريعة فى الواقع»^(١).

وضرب لذلك عدة أمثلة منها الواهب لماله عند رأس الحول فرارا من الزكاة، فالهبة أمر مشروع ومستحب حث عليها الشارع، لما يترتب عليها من مصالح وفوائد ولما فيها من التعاون على البر والتقوى، وماتوذى إليه من المحبة والمودة وخاصة وأن الواهب قد خص الموهوب له بشيء مما يملك، هذه أغراض طيبة لها آثارها الحميدة داخل المجتمع الاسلامى.

ولكن المحتال الذى يرمى إلى خرم قواعد الشريعة، يهدف بمسلكه إلى أبعد من ذلك، فلم يخطر على باله، ولم يدر بخلده شيء من هذه المعانى العظيمة، وتلك المزايا الحسنة التى تجنى من وراء الهبة، وانما كان يهدف بداية أن يحول عليه الحول وهو لا يملك النصاب الذى تجب فيه الزكاة.

فهبة المال - على هذا النحو - لم يكن الغرض منها الهدف المشروع، بل المقصود بها الفرار من أداء الزكاة المفروضة، وحرمان المستحقين منها^(٢).

على أن المحتال فى هذا المثال لم يقدم عملاً محظوراً حتى لا ينكر الناس عليه عمله، وانما احتاط لنفسه بتقديم عمل جائز فى الظاهر - وهو الهبة - لأن الناس لا يطلعون على نواياه الخبيثة، وذلك من أجل الوصول إلى قصد باطن مضمونه الفرار من حكم شرعى - هو أداء الزكاة - فأدى هذا العمل - من المحتال - إلى ابطال حكم شرعى، حيث لا تجب الزكاة فيما دون النصاب - لذى كان يملكه قبل الهبة - فالمحتال فى هذا المثال تحيل على قلب الأحكام لثابتة شرعاً إلى أحكام أخرى، بفعل صحيح فى الظاهر لغو فى الباطن^(٣).

(١) المواقفات، ج ٢، ص ٢٦٤، ط دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ١٣٤١ هـ.

(٢) فى هذا المثال، انظر: الاشياء والنظائر لابن نجيم - حنفى، ص ٤٠٦، الفتاوى الهندية، ج ٦، ص ٣٩١، وأيضاً، الفكر السامى فى تاريخ الفقه الاسلامى للحجرى ج ١، ص ٣٦٣.

(٣) المواقفات، ج ٢، ص ٢٦٦.

ويمكن القول بأن الحيلة عند الإمام الشاطبي تعتمد على أركان ثلاثة هي:

١- عمل ظاهري مشروع اتخذه المحتال وسيلة إلى قصد باطنى محظور.

٢- حكم شرعى اتخذه مظهراً ومخبراً متناقضين.

٣- القصد إلى خرم قواعد الشريعة فى الواقع.

وإذا كان الشاطبي يبين حقبة الحيلة - بما عرفها به - فانه بذلك يعبر عن طبيعة عمل المحتال، وسلوكه فى الغالب الأعم، لأن المحتال الذى يتصف بالخبث والمكر، ويجهد نفسه فى الوصول إلى غرضه الذى يقصده، لم يكن يفكر فى ارتكاب المحرم - بحيث يراه الناس - ثم يتخذ ذلك حيلة إلى غرضه الذى يقصده، وإنما هو يلبس عمله الثوب الشرعى حتى لايتهم، وحتى لا ينفر الناس منه، فهو ذكى ماهر، بصير بما يفعل لذلك هو يقدم عملاً ظاهراً الجواز، اعتاد الناس أن يباشروه لتحقيق أغراضهم المشروعة أما هو فلا يقصد به الغرض المشروع، وإنما يقصد به غرضاً خبيثاً.

ومن هنا جاء تعريف الشاطبي للحيلة تعبيراً صادقاً عن طبيعة المحتال فى تصرفه وسلوكه، ومع ذلك فقد يعجز المحتال وتضييق امامه السبل، فلا يستطيع أن يقدم عملاً - ظاهر الجواز - ليتخذه وسيلة الى غرضه الخبيث وهذا نادر الا أنه ممكن. عندئذ يلجأ المحتال الى ارتكاب المحرم ليحقق ما أرادته نفسه الخبيثة - فمثلاً: اذا أراد أن يسقط فريضة الصلاة عن نفسه، وأعيته السبل فى تقديم عمل ظاهر الجواز، فانه يلجأ إلى المحرمات من أجل الوصول إلى ما يسغية فيتناول المسكرات بعيداً عن الانظار، بحيث لا تراه العيون، ثم يخرج إلى الناس وهو فاقد الوعي، حتى يخيل لمن يراه، انه مغمى عليه، وبذلك يتم تحيله، ويكون بذلك قد أتم من ناحية الوسيلة - وهو تناول المسكر - ومن ناحية الهدف والغاية - وهو اسقاطه الصلاة عن نفسه - كما يزعم (١).

وبهذا يتضح لنا جلياً نظرة المالكية - من خلال الامام الشاطبي - للحيل. وهى وان كانت ضيقة من سورة على النوع المذموم، فانه ليس معنى ذلك أنهم لا

(١) الحيل فى الفقه الاسلامى، د. اشى على ابراهيم - رسالة دكتوراه - ص ١٠.

يقرون الحيلة، ولا يعترفون بها مطلقاً، فما من مذهب من مذاهب الأئمة المتبوعين الا وقد تضمن كثيراً من مسائل الحيل^(١)، وسوف أبين ذلك - في حينه أن شاء الله تعالى - من خلال كلام الشاطبي نفسه.

الحيلة عند الشافعية :

كان لتوسع الاحناف في الحيل رد فعل عند أصحاب المذاهب الأخرى، ظهر ذلك واضحاً في انسياق الشافعية، نحو التأليف في هذا الموضوع، والكتابة فيه، لأن كتب الأحناف في الحيل قد انتشرت بين الناس، فكان من أثر ذلك، أن أخذ الشافعية ينافسون الاحناف في هذا الميدان، فأخذوا يذكرون عن امامهم ماله من حدة وذكاء في حل مسائل الحلف، وذلك على الرغم من أن الشافعي - رضى الله عنه -- كان خصماً للحيل^(٢).

وقد تناثرت الحيل في بعض أبواب الفقه عند الشافعية، ومع ذلك أفردت بالتأليف عندهم فكتب فيها ابو محمد بن عبدالله الصيرفي، وأبو الحسن محمد بن يحيى بن سراقه الطامري، وأبو حاتم القزويني^(٣) :

غير أنني لم أقف على تعريف واضح للحيلة عند فقهاء الشافعية، لانهم ينظرون اليها نظرة عامة، كذلك النظرة التي نظرها اليها فقهاء الأحناف، كما أنني لم أقف على مؤلف خاص في الحيل عند الشافعية، وانما هي متناثرة في بعض ابواب الفقه - كما ذكرت - ومع ذلك فانه يمكن استخلاص تعريف الشافعية للحيلة، اذا استعرضنا أهم ما جاء بكتاب الحيل للقزويني، وهو المشهور عندهم في المذهب، ذلك أنه - رحمه الله - تكلم عن الحيل وأقسامها، وذكر أنها ثلاثة أضرب: محظور، ومكروه، ومباح، ثم ذكر أمثلة لكل ضرب منها، ثم شرح أحكامها، حيث ذكر أن المحظور منها لا ينبغي للفقهاء أن يبنوه العامة عليه، ومن حقه أن يعرفه للفقهاء، وذلك لتعلقه بانفقه، وحاجته إلى جوابها اذا وقعت،

(١) اغالة اللهفان، ج ١، ص ٣٨٤.

(٢)، (٣) نظرة عامة في تاريخ الفقه الاسلامي د. علي حسن عبد القادر، الطبعة الثالث، ١٩٦٥، ص ٢٣٣.

وأما المكروه منها فإنه يكره للفقهاء تنبيه غيره به، وأما المباح فإنه يلزم للفقهاء تعريفه عند السؤال، ويجب الاطلاع عليه^(١).

هذا بعض ما جاء بكتاب الحيل للقزويني، ولما لم أقف على مصدره، سردت ذلك من رسالة دكتوراه تناول صاحبها الموضوع بالشرح والتعليق، وقد قمت بذلك لاستخلاص تعريف الشافعية للحيلة، والتي يبدو أنها نفس التعاريف التي ذكرها فقهاء الاحناف لها، فهذان المذهبان يكادان يمثلان الطائفة الفقهية التي أخذت بالحيل وعملت على إيجاد حلول فقهية بواسطتها، لذلك فسوف أحيل في تعريف الشافعية للحيلة إلى ما ذكرته آنفاً عند الكلام عن تعريف الحنفية لها مع الشرح والتعليق السابق ذكره.

تعريف الحنابلة للحيلة:

سلك الحنابلة مسلك المالكية في هذا الشأن، فجاء تعريفهم للحيلة قريباً من تعريف الشاطبي، ويعد موفق الدين ابن قدامة أحد المتحدثين عن المذهب الحنبلي ولذلك فإنه يعطى صورة صادقة عن تعاليم المذهب الحنبلي، فضلاً عن الآثار المروية عن الامام أحمد صاحب هذا المذهب.

ولقد نظر ابن قدامة إلى الحيلة من الزاوية التي نظر منها الامام الشاطبي فجاء تعريفه لها قريباً من تعريف الشاطبي لها، ولذلك فإنه يعرف الحيلة بأنها هي «أن تظهر عقداً مباحاً يريد به محرماً - مخادعة وتوسلاً - إلى فعل ما حرم الله، واستباحة محظوراته، أو إسقاط واجب، أو دفع حق»^(٢) ومن ثم فهو نفس المعنى الذي ذكره الشاطبي وكشف به النقاب عن طبيعة عمل المحتال، وإن كان ابن قدامة قد صرح بأن العمل الظاهر يكون - عقداً - ويبدو منه أن الحيل عند الحنابلة تكون أكثر ما تكون في المعاملات، ويندر وجودها في العبادات.

وأرى أن شيخ الاسلام ابن تيمية يطل بناظره إلى الحيل من نفس الزاوية التي نظر منها الشاطبي وابن قدامة لها، بل إنه أفرد لذلك كتباً خاصة جاءت

(١) الحيل في الفقه الاسلامي، د. نجاشي علي ابراهيم، دكتوراه، ص ٨٤.

(٢) المغني، لابن قدامة، ج ٤، ص ٦٣، (مكتبة الكليات الأزهرية).

تعبيراً واضحاً عن وجهة نظره في أمر الحيل، منها كتابه القيم «اقامة الدليل على ابطال التحليل» الذي قال عنه تلميذه الامام الحافظ ابن قيم الجوزية ان كتاب اقامة الدليل على ابطال التحليل لشيخ الاسلام احمد بن تيمية لم يصنف في هذه المسألة - يعنى التحليل والتحايل - قبله ولا بعده مثله، حيث استوفى أدلة ابطال الحيل في الدين عموماً، والتحليل خصوصاً عقلاً ونقلًا وتطبيقاً على الأصول من وجوه عدة^(١) وقد طبع هذا الكتاب في الجزء الثالث من الفتاوى، ويقع في مائتين واربع وستين صفحة.

وجاء تعريف ابن تيمية للحيلة في كتابه «اقامة الدليل» متقارباً في اللفظ والمعنى، مع تعريف الشاطبي وابن قدامة حيث يقول «الحيلة ان يقصد سقوط الواجب، أو حل الحرام - بفعل - لم يقصد به، ما جعل ذلك الفعل له»^(٢).

وواضح من تعريف الحيلة لابن تيمية انها ذلك الوجه المذموم الذي اشتهر به أرباب الحيل، فكل ما أدى إلى سقوط الواجب، أو حل الحرام أو احقاق باطل أو ابطال حق، أو نصرة ظالم، فانه يؤدي إلى الحرام، ولو كان ذلك بفعل جائز شرعاً.

يتضح من هذا أن طائفة من العلماء ذكروا الخيلة وأرادوا بها الحرام، ولم يتكاملوا عن الحيل التي تخلص من الشدائد، وترفع الحرج والضيق باسم التسامح في الدين دونما مخالفة بأصل من أصوله، هذا النوع، هو الذي تحدث عنه الحنفية وأكثروا منه تحت مسمى «المخارج من المضايق».

نستخلص مما سبق، من تعريفات الفقهاء للحيلة، ان هناك طائفتين من الفقهاء الطائفة الاولى تنظر إلى الحيلة نظرة واسعة، بحيث تعتبرها أعم من أن تكون جائزة أو غير جائزة، فهي عندهم ذلك اللون الفقهي الذي يرتجى اذا ماضاقت الحلول وانقطعت السبل، اذ الحيلة في هذه الحالة ماهي الا مخلص من شدة، ويسر من عسر ومخرج شرعى لمن ابتلى بحادثة دينية لاتسعف النصوص في

(١) اغائة اللهفان، لان قيم الجوزية، ج ١، ص ٢٧١، هامش (١).

(٢) اقامة الدليل على ابطال التحليل لابن تيمية، ص ١٠٩، مطبوعاً في كتابه الفتاوى، الكبرى،

ج ٣. (راجع الفتاوى الكبرى لابن تيمية، ج ٣، ص ٩٩)، وانظر تعريف ابن القيم للحيلة،

أعلام الموقعين، ج ٣، ص ٢٤٠.

ايجاد حل لها، وهؤلاء هم الأحناف والشافعية القائلين بالحيلة مالم تناقض أصلا شرعيا.

أما الطائفة الثانية من الفقهاء فقد نظروا إلى الحيلة نظرة ضيقة وأرادوا بها ذلك اللون المذموم الذى يتحدث الناس عنه باعتباره مذموما، دون اشارة إلى الوجه المحمود منها، اذ أن الحيلة لاتطلق عندهم الا على ذلك اللون الفقهى الذى يؤدى إلى خرم قواعد الشريعة فى الواقع وحقيقة الأمر، وهؤلاء هم المالكية والحنابلة.

ولكن أرى أن الخلاف الواقع بين هاتين الطائفتين انما هو فى الحقيقة خلاف لفظى لاحقيقى، اذ أن كل واحد منهما يوافق الآخر على تحريم الحيلة اذا كانت من النوع الذى ذكره الشاطبى، وهو الذى يؤدى إلى خرم قواعد الشريعة فى الواقع. ولم يؤثر عن الاحناف أو الشافعية انهم اجازوا حيلة تؤدى إلى اسقاط واجب أو اباحة محرم، كما أن الطائفتين متفقتان على أن هناك من الحيل مالا يختلف فى جوازها اثنان، ولايتطع فيها عنزان، كما يقول المثل العربى، وهى الحيل التى جعلها الشاطبى قسما ثانيا حينما قسم الحيل إلى باطل وجائز ومشتبه فيه^(١).

غاية الامر أن المتكرين للحيل - الطائفة الثانية - قد خصصوا الجانب الأكبر من كتبهم المشهورة لوضع الحيل فى موضع الاتهام والتشكيك، بل القطع بحرمتها بينما لا يذكرون وجهها المقابل، وهى الحيل الجائزة، الا فى تضاعيف الكلام، ومن غير أن يأخذ حظه كاملا من حسن العرض وأهمية التبويب.

فى حين نجد فقهاء الحيلة - كالحنفية - يتخذون موقفا معاكسا، فهم يهتمون بابرار الحيل الشرعية التى لاتنافى للدين غرضا، ولاتأتى للشرعية هدفا، ولايراد بها اسقاط واجب، أو احقاق باطل، بل الهدف منها اليسر، وحل مشاكل الجماهير بمايخرجهم من ريقه الحرج والمشقة والصعوبة إلى بحبوبة التسامح والرفق والرحمة بينما يعرضون للحيل المشبوهة التى تنافى مقاصد الشريعة فى

(١) الموافقات، ج ٢، ص ٢٧٠ ومابعدها.

شيء من القصد والتركيز، لا يتناسب مع ماحظيت به الطائفة الأخرى من بسط وتنوع وتفصيل^(١).
التعريف المختار:

يمكن القول بأن تعريف المالكية والحنابلة للحيلة هو التعريف الواضح والمحدد أو بمعنى آخر هو التعريف الذي يدل على الحيلة المتعارف عليها عند الإطلاق، وهي الحيلة المذمومة.

بينما نجد الحنفية والشافعية قد توسعوا في تعريف الحيلة حيث جعلوها عامة تشتمل على أنواع منها الجائر، ومنها غير الجائر، ولذلك فإن تعريف الحنفية للحيلة هو التعريف المختار - من وجهة نظري - خاصة تعريف الامام الحنفي للحيلة، لأنه يجعلها عامة على الإطلاق، وإنما قيد هذا العموم بوجود نوع من الذكاء والفطنة يستخدم في إيجاد حلول تستقيم وقواعد الشرع الحكيم، خاصة إذا ما كانت الواقعة المراد إيجاد حل لها واقعة دينية يترتب على تركها دون حل، كبير ضرر، وذلك بخلاف تعريف المالكية والحنابلة للحيلة، فهي وإن كانت واضحة الدلالة في المعنى المذموم، إلا أنها لا تدل بحال على النوع المحمود، ولذلك كان تعريفهما للحيلة غير جامع وإن كان مانعاً.
لهذه الأسباب كان تعريف الحنفية للحيلة هو التعريف المختار.

تنبيه:

يعد تعريف الحنفية تعريفاً مختاراً لأنه يشتمل على مقومات التعريف الصحيحة فهو تعريف جامع مانع، وليس بلازم أن يكون منهجهم في بحث الحيلة هو المنهج الصحيح المختار، بناءً على صحة تعريفهم، بل إن المالكية والحنابلة أولى بالاعتبار في هذا المجال، وإن كان تعريفهم قاصراً، حيث لم يتناول الحيل المحمودة، غير أنهم من خلال تقسيمهم للحيل تكلموا عن ذلك اللون المحمود منها، باعتباره جائزاً لا يختلف على جوازه اثنان.

(١) الحيل الشرعية، وأثرها في نمو الفقه الإسلامي، د. محمد محمد إبراهيم الشرقاوي، دكتوراه،

ورأى لعلى قناعة بأن ماذهب اليه المالكية والحنابلة هو الاولى بالاعتبار، وأن منهجهم يأخذ بالاحتياط، حتى لايفتح الباب أمام القاص والدانى للقول بالحيل. من يعرف الخلاص بطريق شرعى، ومن كل همه الخلاص ايا كانت وسيلته، وعند ذلك تختلط قواعد الشريعة، وينساق الناس إلى أهوائهم.

وماذهب اليه صاحب رسالة «الحيل الشرعية» لايقوى على مناهضة هذا الترجيح الذى اخترناه، ذلك انه يجنح إلى ما رآه الاحناف، معللا ذلك بأنه فعل طبيعى لتعدد مسائل الفتوى، واستحداث الكثير من الحوادث والنوازل، مع التطلع المستمر لرأى الشريعة فى كل مايجد من أحداث. غير أن كل ذلك يمكن الوصول اليه من خلال اجتهادات الفقهاء، وتفسير المفسرين للقواعد العامة الكلية التى جاء بها هذا الدين الحنيف، ذلك أن الشريعة الاسلامية جاءت بمقاصد عامة، وأهداف كلية، حيث بنيت على أسس ثلاثة هى: عدم الحرج وقلة التكاليف والتدرج فى العبادة^(١).

ولهذا فان العمل فى اطار القواعد العامة والاهداف الكلية التى جاءت بها الشريعة الاسلامية، اولى من اللجوء إلى الحيلة، وتغيير وجه الحق فى المسألة.

على انه اذا كان الحل الوحيد لما يحدث فى المجتمع هو اللجوء إلى الحيلة، فانه لا بأس بذلك شريطة أن تكون الوسائل المستخدمة فى ذلك مشروعة، والهدف منها مشروعاً، وان كان ذلك قليلاً، بل نادر، لان الغالب الأعم هو اللجوء إلى الحيلة بقصد الفرار من احكام الشارع، أو انطباق حكم على مسألة لايجوز أن يقال فيها هذا الحكم. ومن امثلة ذلك ما ذكره للإمام احمد: ان امرأة كانت تريد أن تفارق زوجها، فيأبى عليها، فقال لها بعض ارباب الحيل لو ارتددت عن الاسلام بنت منه، ففعلت فغضب احمد - رحمه الله - وقال: من أفتى بهذا أو علمه أو رضى به فهو كافر^(٢).

(١) راجع: رسالة الحيل الشرعية وأثرها فى نمو الفقه الاسلامى، دكتوراه، جامعة الأزهر ١٩٧٣، محمد ابراهيم الشرقاوى، تاريخ التشريع الاسلامى للشيخ محمد الخضرى بك، الطبعة التاسعة ١٩٧٠، ص ١٦، المدخل للفقه الاسلامى، د. حسن على الشاذلى، طبعة ١٩٧٧، ص ٥٨.

(٢) اغانة اللهفان، لابن القيم، ج ١، ص ٣٥٦.

فهذا المثال ونحوه يدل دلالة واضحة على أن اللجوء إلى الحيلة هو اقصر الطرق للوصول إلى المطلوب، في حين لو فكر هذا الذي افتى بها، واجتهد في احكام الدين، ماذكر هذه الحيلة، وما قال بها، وكان بإمكانه ان يدل المرأة على أمر قرره الفقه في مثل هذه الحالات، دون ان يلجأ إلى الحيلة. هذا الامر هو الخلع المعروف في الفقه الاسلامي، والذي يعنى بذل المرأة مالا في سبيل خلاصها من زوجها.

لكل ماتقدم فاني ارى ترجيح مذهب المالكية والحنابلة في طريقة بحثهم في مسألة الحيل، خاصة وانهم متفقون مع القائلين بها على ان هناك نوعا محمودا منها، هو ذلك النوع الذي لا يصطدم بقواعد الدين، او اصوله العامة.

تعريفنا للحيل:

بعد هذا العرض لكلام الفقهاء في تعريف الحيلة، ارى انها لانخرج عن كونها تصرف يصدر من المحتال، يتوصل به الى غرضه الذي يبغيه، وهدفه الذي ينشده ويرمي اليه، بحيث يكون ذلك بنوع من الخفاء الذي لا يدركه الآخرون الا بشيء من الذكاء والفطنة مع الاخذ في الاعتبار حكم الوسيلة المتبعة، والغاية المرجوة، باحثين عن المقاصد كلما كان ذلك ممكنا، مستشهدين بدلالة الحال للوصول إلى الحكم الصحيح.

ولعل هذا التعريف هو المناسب لحال الكلام، ومنهج البحث، حيث الكلام عن الحيل عموما، الجائز منها وغير الجائز.

ولذلك فان تعريف صاحب «الحيل الشرعية» للحيلة لا يصلح للاستناد عليه في مجال البحث، لانه يبحث في الحيل المشروعة فقط ولم يتطرق بالحديث إلى الحيل المذمومة، وأيضا فان تعريف صاحب «الحيل في الفقه الاسلامي» للحيلة جاء عاما غير مقيد بحيث يشتمل على كل أنواع الحيلة، ويندرج تحته أقسام الحيل التي لا تنهاى، وهو الأقرب لمجال بحثنا والأولى بالأخذ من سابقه. غاية الأمر انه لم ينو على الوسيلة والغاية مع مالهما من أهمية في مجال الحكم على الحيلة على نحو ماسيبين في موضعه - ان شاء الله - هذا وقد تشبه الحيلة مع غيرها - مما يلزم التمييز بينها وبين ما يشبه بها وهو محل الكلام في المبحث التالي:

المبحث الثانى

تميز الحيل عما يشبه بها

تمهيد وتقسيم:

يتضح من تعريف الحيلة - السابق - ان المحتال ينتقل - بحيلته - من حكم أشد إلى حكم أخف، مستعملا فى ذلك مكره ودهائه، حتى لا يطلع الناس على مقصده، فيكون محل ازدراء وسخط من الناس.

فمثلا: من أنشأ سفرا فى نهار رمضان لالشيء سوى استباحة الفطر والأخذ بالرخصة التى ذكرها الله فى قوله تعالى: «ومن كان مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر» بعد قوله تعالى: «فمن شهد منكم الشهر فليصمه»^(١) فإنه - والحال هذه - ينتقل من حكم هو - وجوب الصيام لمن شهد رمضان - الى حكم هو - اباحة الفطر للمسافر فى رمضان - هذا الانتقال يشبه من سافر فى رمضان دون قصد الأخذ بالرخصة، وانما كان سفره - عارضا - ثم أخذ بها.

ومن هنا كانت الحيلة شبيهة بالرخصة بجامع أن فى كل منهما انتقالا من حكم إلى حكم. على ان المحتال يظهر امرا ويخفى آخر، قاصدا بما ظهر الوصول إلى مابطن، وقد يكون فى عمله هذا مراعىا الحكمة والدهاء، حتى لا يشك الناس فى سريره، فهو - بهذه الحيلة - يشبه المتقى، الذى يظهر امام الناس رأيا، لا يعتقده باطنا، ومن هنا كانت الحيلة أشبه بالتقية.

كما يلاحظ ان الوسائل التى يستخدمها المحتال للوصول إلى أغراضه، والتى غالبا ماتوصل إلى المفساد - ماهى الا طرق ابتدعها، وذرائع توسل بها، للوصول إلى هدفه الذى يبغيه، ومقصده الذى يرمى اليه، ومن هذه الناحية كانت الحيلة أشبه بالذرائع الموصلة إلى المفساد، والتى جعل الفقهاء من سد بابها درءا لكثير من المفساد.

وبلاحظ أخيرا ان هناك ألفاظا تشبه الحيلة إلى حد كبير بسبب وضعها اللغوى القريب جدا من معنى الحيلة لفة، ولهذا كله ينبغى علينا ان نميز أولا

(١) سورة البقرة آية (١٨٥).

بين هذه الالفاظ، وبين الحيلة، كأساس لغوى، ثم نميز بين الحيلة وكل من
الرخصة، والتقية والذرائع كأساس اصطلاحى فقهى، وذلك فى مطلبين متتاليين
على النحو التالى:

المطلب الأول: تمييز الحيلة عما يشبه بها لغة.

المطلب الثانى: تمييز الحيلة عما يشبه بها اصطلاحا وفقهاء.

المطلب الأول

تمييز الحيلة عما يشبه بها لغة

المكر والكيد والخديعة^(١):

هناك الفاظ درج العرف السائد على استعمالها لغة بمعنى الحيلة، لما بينهما من شبه كبير في وضع أهل اللغة، منها: المكر والكيد والخديعة.

هذه الالفاظ مترادفة ومتقاربة، تطلق في أصل اللغة على كل فعل يقصد به فاعله خلاف ما يقتضيه ظاهره، فكانت من هذه الناحية أشبه بعمل المحتال، الذي يتخذ الظاهر ستارا خفيا لما قصده في الباطن، كما تطلق هذه الالفاظ على كل فعل يوصل إلى الغرض المطلوب وليس له ظاهر وباطن، ولكن الذهن لا يلتفت إلى أنه يوصل لذلك عادة.

بيد أن هذه الالفاظ تستعمل بكثرة في الافعال المذمومة، فهي الأكثر - شيوعا - في عرف اللغويين، والمشهور لدى عامة الناس.

ولكن على الرغم من شيوع استعمال هذه الالفاظ في الاغراض المذمومة - شأنها في ذلك شأن الحيل - الا انها قد تستعمل في الفعل المحمود، كما قد تستعمل الحيل في ذلك أيضا، ويتم ذلك عندما يقصد صاحب الفعل المحمود استدراج غيره لما فيه مصلحته، كما يفعل بالصبي أو المريض اذا امتنع عن فعل ما فيه مصلحته، كشرب الدواء مثلا، ولذلك قال بعض الحكماء: المكر والخديعة محتاج اليهما في هذا العالم^(٢) وليس المراد بذلك الحث على الخبائث، بل هو حث على جذب الناس إلى الخير بالاحتتيال ذلك أن السفه يميل إلى الباطل،

(١) يطلق المكر ويراد به الاحتيال في خفية، قال الليث: سمعنا أن الكيد في الحروب حلال، والمكر في كل حلال، حرام. فالمكر هو الخديعة والاحتتيال (لسان العرب مادة) مادة «مكر»، تاج العروس مادة مكر، والكيد: ضرب من الاحتيال، وقد يكون مذموما وممدوحا (غريب القرآن مادة «كاد»). والخديعة: الخداع انزال الغير عما هو بصده بأمر يديه على خلاف ما يخفيه، يقال رجل خدعه - بوزن همزة - أي يخدع الناس، ويقال هو خدعة - بوزن لقمة - أي يخدعه الناس (لسان العرب مادة «خدع»، الصحاح للجوهري مادة «خدع» مختار الصحاح مادة «خدع»).

(٢) الحيل في الشريعة الاسلامية، د. محمد عبد الوهاب بحيري، الطبعة الأولى، ١٩٧٤، ص ٢١، اعلام الموقعين لابن القيم، ج ٣، ص ٢٤٢: طبعة دار الجيل - بيروت.

ولا يقبل الحق لمنافاته طبعه، فيحتاج إلى أن يخدع عن باطله بلطف وحكمة، خدعة الصبي عن الثدي عند الفطام.

ويبدو أن هذا المعنى هو الفارق بين هذه الالفاظ، وبين الحيلة، فهذه الالفاظ اكثر ماتستعمل في الاغراض المحمودة، بحيث اذا اطلقت أريد بها المحمود منها وان كانت تدل على المعنى المذموم ايضا، بخلاف الحيلة فانها عند الاطلاق لاتدل الا على المعنى المذموم، بل هو المعنى المتبادر إلى الذهن، والمشهور لدى غالبية الناس عند الاطلاق.

ولما كان المكر والخديعة ضربين: حسنا وسيئا: فان القرآن الكريم يقص علينا هذين النوعين، فيقول: «والذين يمكرون السيئات لهم عذاب شديد ومكر أولئك هويور»^(١) ويقول سبحانه وتعالى: «فلما جاءهم نذير ما زادهم الا نفورا. استكبار في الارض ومكر السيء ولا يحيق المكر السيء الا بأهله»^(٢)، وقال: «أفأمن الذين مكروا السيئات أن يخسف الله بهم الأرض»^(٣)، فتصريح هذه الآيات بالمكر السيء للتنبيه على جواز المكر الحسن، كما في وصف الله سبحانه وتعالى: «ويمكرون ويمكر الله، والله خير الماكرين»^(٤)، فوصف الله نفسه بالمكر الحسن كما وصف نفسه بالخداع الحسن فقال: «ان المنافقين يخادعون الله وهو خادعهم»^(٥). وبالكيد الحسن ايضا فقال: «كذلك كدنا ليوسف ما كان ليأخذ اخاه في دين الملك الا ان يشاء الله»^(٦)، وعلى هذا المعنى الاخير كان الاستدراج والاملاء والاستهزاء منه سبحانه وتعالى، كما في قوله تعالى: «سنستدرجهم من حيث لا يعلمون. وأملى لهم ان كيدي متين»^(٧)، وكما في قوله تعالى: «الله يستهزيء بهم ويمدهم في طغيانهم يعمهون»^(٨).

والمعنى في ذلك كله، امهال الله العبد الجاحد، وتمكينه من أعراض الدنيا حتى تعلق نفسه، ويستكبر على عباد الله، فيأخذه الله بذنبيه، فان من وسع عليه

(٢) سورة فاطر (آية ٤٢، ٤٣).

(٤) سورة الانفال (آية ٣٠).

(٦) سورة يوسف (آية ٧٦).

(٨) سورة البقرة (آية ١٥).

(١) سورة فاطر (آية ١٠).

(٣) سورة النحل (آية ٤٥).

(٥) سورة النساء (آية ١٤٢).

(٧) سورة القلم (آية ٤٤، ٤٥).

فى دنياه من أهل الفسق، ولم يعلم أنه قد مكر به فهو مخدوع^(١).
على ان هذه الالفاظ لولا ان البارى تعالى أطلقها فى مواضع مخصوصة،
قاصدا بذلك معانى صحيحة لما تجاسر بشر عرف الله تعالى، أن يخطر ذلك بباله،
فضلا عن أن يجريه فى مقاله، وان قصد بها المعنى الصحيح، تنزيها له، وتعظيما،
فيجب أن تتلى فى القرآن حيثما وردت، ولا يتعدى بها^(٢).
وهكذا نجد الفرق واضحا بين هذه الالفاظ وبين الحيلة، بالرغم من التشابه
الكبير بينهما.

(١) انظر فى معنى هذه الايات كل فى موضعها: الجامع لاحكام القرآن للامام القرطبى، تفسير القرآن
العظيم للحفاظ ابن كثير، روح المعانى فى تفسير القرآن العظيم والسبع المثانى للألوس، البحر
المحيط لابن حيان، فتح القدير للامام الشوكانى، مختصر تفسير ابن كثير للشيخ الصابونى.
(٢) الشريعة إلى مكارم الشريعة للاصفهاني، الباب السادس، ذكر المكر والكيد والخديعة والحيلة، ص
٢٤٩، الحيل فى الشريعة الاسلامية، المرجع السابق ص ٢٢.

المطلب الثاني

تمييز الحيلة عما يشتهر بها اصطلاحا وفقها

الرخصة والتقية والذرائع:

لما كانت الحيلة عبارة عن الانتقال من حكم إلى آخر، بفعل من المحتال، الذى أتى بتصرف يفيد ظاهره أمرا، بينما هو فى الحقيقة لا يفيد ولا يؤدى إليه، كانت الحيلة فى ذلك اشبه بالرخصة التى تحدث الفقهاء عنها بأنها انتقال من حكم العزيمة إلى حكم الرخصة، والتى شرعت تيسيرا على العباد، وتخفيفا عنهم، حيث تلتقى مع الحيلة فى هذه الزاوية خاصة عند القائلين بأنها مشروعة للخروج من المضائق.

يضاف إلى ذلك أن عمل المحتال يتخذ مظهرها مخادعا، للوصول إلى غرض باطنى خفى لا يتوصل إليه عادة بالسلوك الذى اتبعه المحتال، مستخدما فى ذلك الذكاء والفطنة من أجل خفاء ذلك القصد الباطن، ومن هنا اختلطت الحيلة بالتقية التى يظهر صاحبها امام الناس رأيا، لا يعتقد به باطنا.

واخيرا فان المحتال فى كل مايقوم به، انما يسلك طريقا، ويتبع منهجا يوصله - بذكاء - إلى مقصده الذى يبغيه، وهدفه الذى يرمى إليه، بالرغم من أن المجرى العادى للأمر لا يجعل هذه الوسيلة المتبعة محققة لتلك الاغراض المرجوة فكانت هذه السوائل اشبه بالذرائع التى اعتبرها بعض الفقهاء - كالامام مالك - أصلا من أصول مذهبه يجب ان تسد بكل ممكن، فهذه ذرائع، وتلك وسائل والشبه بينهما كبير.

ولذلك فانه ينبغى علينا أن نميز بين هذه الاصطلاحات الفقهية وبين الحيلة لقوة التشابه بينهما، وحتى يتسنى لنا معرفة الحيلة التى نتحدث عنها بوضوح وجلاء، ليتسقيم مجال البحث والدراسة.

ولهذا فسوف اعقد لهذا المطلب الفروع الثلاثة الآتية:

الفرع الأول: الرخصة والحيلة.

الفرع الثانى: التقية والحيلة.

الفرع الثالث: الذرائع والحيلة.

الفرع الأول الرخصة والحيلة

تمهيد:

إذا كانت الرخصة تدفع صاحبها - متى وجدت أسبابها - إلى العدول عن حكم إلى حكم سواء كان ذلك بفعل أو بترك، فإن المحتال قد يدفعه احتياله إلى العدول عن المعتاد إلى ما هو غير مألوف ومعتاد، حتى يصل إلى غرضه الخبيث، بل أنه قد يتخذ من الرخصة ستارا يحتمى به، حتى لا ينفرد الناس من سلوكه، ولذلك نجد صاحب الرخصة أو المترخص لا يجد غضاضة في نفسه، إذا اطلع الناس على حاله، وعرفوا أمره، لانه - في الحقيقة والواقع - ما أتى منكرا ينكره الناس عليه، وما فعل شيئا يستوجب الذم والازدراء، ولذلك فإنه يستوى عنده الاسرار بفعله والجهر به، فهو لا يخاف أحدا ولا يخشاه، لانه تعلق وأخذ بما شرعه الله «ومن يعتصم بالله فقد هدى إلى صراط مستقيم»^(١).

وهذا بخلاف المحتال فإنه يخشى ان يعرف الناس أمره، ويتبينوا سره، ويطلعوا على حاله، فهو لذلك لا يستطيع ان يعلن عن غرضه، ولا يمكن ان يجهر به متمثلا قول الله تعالى: «يستخفون من الناس ولا يستخفون من الله وهو معهم»^(٢) فيعمل جاهدا أن يكون أمره خفاء، بعيدا عن أنظار الناس وخاصة أولو الالباب منهم»^(٣).

العلاقة بين الحيلة والمرخصة:

إذا كنا قد عرفنا الحيلة وأبعادها، فإن من المناسب الوقوف على معنى الرخصة ومشتملاتها حتى تستبين العلاقة بينهما.

والرخصة - ما هي الا حكم استثنائي من حكم أصلي - هو العزيمة، ولقد عني الاصوليون ببيان العزيمة والرخصة في كتاباتهم، والتي يستفاد منها

(١) سورة آل عمران (آية ١٠)

(٢) سورة النساء (آية ١٠٨).

(٣) الحيل في الفقه الاسلامي، ص ٣٣٩، المرجع السابق.

إن الرخصة: اسم لما بنى من الأحكام على اعذار العباد تخفيفاً عنهم.

ولقد قسم الأصوليون - في الراجح عندهم - الرخصة إلى قسمين :

أحدهما: حقيقة، والآخر مجاز.

والحقيقة نوعان: أحدهما: أحق من الآخر، والمجاز نوعان أحدهما أتم من

الآخر في كونه مجازاً^(١)، فتحصل للرخصة أربعة أنواع.

أما النوع الأول، فهو ما كان دليل العزيمة فيه قائماً، وحكم العزيمة أيضاً قائماً غير متراخ عن دليلها، بالإضافة إلى حكم الرخصة، استناداً إلى دليلها الثابت، فالرخصة في هذا النوع مباحة، مع قيام السبب المحرم وقيام حكمه غير متراخ عنه، وذلك كاجراء كلمة الكفر على لسان المكره بالقتل أو القطع مع اطمئنان القلب بالايمان، فإن حرمة الشرك، باثة لا تنكشف عنه، لضرورة وجوب حق الله تعالى في الايمان به، ومع هذا ابيح لمن خاف التلف على نفسه عند الاكراه، اجراء كلمة الكفر، رخصة له، ومنه أيضاً اكراه المضطر على تناول مال الغير.

ففي مثل هذه المسائل نجد حكمين متربين: الحكم الأول السابق الأصيل: وهو حكم العزيمة الذي هو التحريم، الثابت لكل مخالفة من هذه المخالفات في حالة الاختيار، هذا الحكم استمر قائماً حتى بعد مجيء حكم الرخصة بالاباحة، والحكم الثاني: هو حكم الرخصة الذي أباح هذه المخالفات، على الرغم من قيام حكمها الأول بالتحريم، مع دليله الذي لا تراخى فيه مع حكمه، وهذا النوع من الرخص ليس أحق بكونه رخصة مما يأتي بعده من النوع الثاني، لأن حكم عزيمته فوري وقائم، والأخذ بالرخصة - وهي الحكم الثاني جائز مشروع،

(١) كشف الاسرار لليزدوى، ج ٢، ص ٢٩٨، أصول السرخس، ص ١١٧ ص ١١٨ أصول الفقه لابي زهرة، ص ٥١ وما بعدها، المستصفي من علم الأصول للقرطبي، الطبعة الأولى ج ١، ص ٩٨، وما بعدها. الحيل الشرعية واثرها في نمو الفقه الاسلامي. د. محمد ابراهيم الشرقاوى، دكتوراه، ١٩٧٣، ١٧٦.

(٢) سورة النحل (آية ١٠٦).

لا حرج فيه، ولا بأس عليه حماية لحق العبد، صورة ومعنى، فى مقابلة تفويت حق الله تعالى، صورة لا معنى، عملاً بقوله تعالى «الا من اكفر وقلبه مطمئن بالايمان»^(٢). قال ابن جرير: أخذ المشركون عمار بن ياسر، فعذبوه حتى قاربهم فى بعض ما أرادوه، فشكا ذلك إلى النبى - ﷺ - ، فقال النبى ﷺ: كيف تجد قلبك؟ قال: مطمئناً بالايمان، قال النبى ﷺ، ان عادوا فعد^(١).

وقد أجمع أهل التفسير على أن هذه - الآية - نزلت فى عمار بن ياسر. وفيه أنه سب النبى ﷺ وذكر آلهتهم بخير - ومع ذلك أمره النبى ﷺ إلى العودة مرة ثانية ان عادوا وعذبوه، وذلك أخذاً بالرخصة مادام القلب مطمئناً بالايمان، ابقاء للحياة، وصونا للنفس عن التلف والهلاك.

ولهذا اتفق العلماء على ان المكروه على الكفر، يجوز له ان يوالى ابقاء لمهجته، ويجوز له أن يأبى، فيأخذ بالعزيمة، كما كان بلال رضى الله عنه يأبى عليهم ذلك وهم يفعلون به الأفاعيل، حتى أنهم ليضعون الصخرة العظيمة على صدره فى شدة الحر، ويأمرونه بالشرك بالله، فيأبى عليهم، وهو يقول: أحد، أحد، ويقول: والله لو أعلم كلمة أغيظ لكم منها لقلتها، وكذلك حبيب بن زيد الانصارى لما قال له مسلمة الكذاب: أتشهد أن محمداً رسول الله؟ فقال: نعم، فقال أتشهد أنى رسول الله؟ فقال لا أسمع، فلم يزل يقطعه ارباً ارباً وهو ثابت على ذلك.

فدليل العزيمة - فيما تقدم - ثابت، وحكمه مترتب عليه، غير مترسخ عنه، الا أن الرخصة جاءت بحكم آخر، للتيسير على العبد، وحماية حقه فى الصورة والمعنى، وهو أخف من ضياع هذا الحق، بتفويت الصورة فقط فى حق الله تعالى.

(١) جامع البيان عن تأويل القرآن لابن جرير، ج ١٤، ص ١٨١، الجامع لاحكام القرآن، للقرطبي، ج ١٠، ص ١٨٠، السنن الكبرى للبيهقي، ج ٨، ص ٢٠٩، المستدرک للحاكم، ج ٢، ص ٣٥٧، الطبقات الكبرى لابن سعد، ج ٣، ص ١٧٨.

والنوع الثاني: هو ما كان دليل العزيمة فيه قائما، وحكمه قائما أيضا، ولكنه متراخ عن الدليل، فالرخصة في هذا النوع مباحة مع قيام السبب الموجب للتحريم، وقيام حكمه، إلا أنه متراخ عن السبب والاخذ بالعزيمة في هذا النوع أيضا أولى، إلا إذا كان سيترتب على الاخذ بالعزيمة ضرر، فحينئذ يكون الأخذ بالرخصة أولى، ويوضح هذا خواهر زادة في مبوسطه حيث يقول: إن ما حرمه النص حال الاختيار، ثم أباح حال الاضطرار، وهو مما يجوز أن يرد الشرع باباحته، كإباحة الفطر في رمضان للمسافر والمريض، إذا امتنع عن الرخصة فيه، وتمسك بالعزيمة حتى قتل كان أثما، كما لو تمسك بالصيام حال السفر والمرض حتى هلك، لأنه أتلف للاعزاز دين الله، إذ ليس في التورع عن المباح اعزاز لدين الله، ومن أتلف نفسه لا لعزاز دين الله، كان أثما^(٢).

فإذا تمسك بالعزيمة في هذا النوع، وأصابه ضرر منها، فإنه يكون قد وقع في الإثم، لأنه ترك الرخصة، التي تمحض معنى الرخصة فيها أكثر مما سبقتها، ومن ثم كانت أحق بكونها رخصة منها، فقتله نفسه في هذه الحالة، قتل بلا مبيح، ويلاحظ في هذا النوع - وفي هذا المثال - أن السبب الموجب شرعا - وهو شهود شهر رمضان - قائم، ولهذا لو أدى المريض والمسافر الصوم، كان ما أداه فرضا يسقط به الواجب عنهما، ولكن الحكم متراخ إلى إدراك عدة من أيام آخر، ولهذا لو ماتا قبل الإدراك، لم يلزمهما شيء، ولو كان الوجوب لازما للزمهما القدية، ولم يقل أحد بذلك.

النوع الثالث: وهو ما يسمى من الأحكام رخصة مجازا، لأن معنى الرخصة فيه قاصر غير متحقق، ولذا كان إطلاق اسم الرخصة عليه بطريق المشابهة بالرخصة الحقيقية بجامع توارد حكم شرعي بعد حكم شرعي في كل.

(١) خواهر زادة في المبسوط - مشار إليه في رسالة الدكتور / محمد إبراهيم الشرفاوى المرجع السابق، ص ١٨٠.

ولقد عبر الشيخ ابو زهرة عنه بأنه رخصة اسقاط التكاليفات الشاقة التي كانت على الأم السابقة^(١). وهذا النوع اتم في المجازية من الذى بعده، ومن أمثله: ماوضع عنا فى الاصر الذى كان على الأم من قبلنا، ولم يشرع عندنا - رحمة بناء، وتكريما لبنينا - ﷻ - والامثلة على ذلك كثيرة منها قرص موضع النجاسة من الثوب والجلد، واشترط قتل التائب نفسه للخروج من خطيئته، وجعل القصاص عقوبة للقتل سواء كان عمدا أو خطأ، وتحريم الصيد فى يوم السبت..... وغيرها^(٢).

وعلى هذا فان هذا النوع ايضا يتضمن حكمين: أحدهما اصلى فى الشرائع السابقة علينا، والاخر متأخر عنه فى شريعتنا، فكانا حكمين فى موضوع واحد، وان فرقت بينهما الشرائع والازمان، لكن لما كان هذا النوع غير مشروع لنا البتة كان اتم فى المجازية من النوع الذى بعده - وهو الرابع.

النوع الرابع: مايسمى من الاحكام رخصة مجازا، وليس اتم فى المجازية من سابقه، نظرا لشرعيته لنا فى الجملة، وان سقط حكمه عنا حال الضرر، فمن حيث سقوط حكمه حال العذر كان مجازا، ومن حيث بقاء الحكم مشروعا لنا بالاضافة إلى حكمه حال العذر كان رخصة، فقد أورده الشيخ أو زهرة تحت مسمى «العقود الاستحسانية التى جاءت على خلاف القياس كبيع السلم»^(٣).

وبالمثال يتضح المقال: الأصل فى البيع أن يقع على محل معين، يعاينه البائع والمشتري، وهذا الحكم مشروع وباق. الا أنه فى باب السلم بالذات سقط هذا الحكم تخفيفا حتى لم يبق تعيين المبيع فى السلم مشروعا، لا عزيمة ولا رخصة،

(١) اصول الفقه للشيخ ابى زهرة، ص ٥١، وما بعدها.

(٢) انظر فى هذه الأمثلة، رسالة الدكتور: محمد ابراهيم الشرقاوى - الحيل الشرعية، المرجع السابق ص ١٨١ وما بعدها.

(٣) اصول الفقه للشيخ زبى زهرة، ص ٥٢ وما بعدها، وكذا الاستاذ/ مصطفى عبد العزيز الخولى، فى مقالته «أحكام الفقه الاسلامى»، مجلة المحاماة عدد يناير، فبراير سنة ٥٨، ص ٩٩.

لليسر في التعامل والتخفيف على المتعاملين، لأن العجز عن التعيين واقع، وهو دليل التخفيف. فوضع التعيين عن السلم أصلا.

ومن المثال يتضح ان هناك حكمن مشروعين لنا: أحدهما أصلي - هو حكم المبيع الذي يقتضى تعيين المبيع عموما، والثاني أصلي أيضا: وهو حكم السلم الذي لا يقتضى تعيين المبيع خصوصا^(١). فكان الحكم الثاني استثنائي من الأول لحال الضرورة واقتضاء اليسر والتخفيف، فكان لذلك رخصة. هذه هي أقسام الرخصة الاربعة - السابق بيانها^(٢).

ومنها يتضح ان الرخص، تشريع استثنائي، جاء به الاسلام، ودعا الناس إلى العمل به لان كل أمر شاق، جعل الشارع فيه للمكلف مخرجا، وقصد الشارع بذلك المخرج أن يتحرره المكلف - متى وجدت أسبابه - فاذا خرج المكلف من هذا المخرج على الوجه الذي شرع له، كان ممثلا لأمر الشارع، آخذا بالحزم في أمره، وإذا لم يفعل ذلك، وأراد الخروج من الضيق بغير وجهه المشروع، فإنه يقع في المحذور من ناحيتين: أحدهما: مخالفته لقصد الشارع، والثاني: سد أبواب التيسير على نفسه^(٣).

وإذا كانت الرخصة على هذا النحو تشريع استثنائي، فمعنى ذلك أنه دل عليها دليل، فقد قام الدليل في كل أنواعها مشيرا إليها - كما سبق - وهي بهذا تختلف تماما عن الحيلة - ذلك ان الحيلة رغم انها انتقال من حكم إلى حكم - وهذا ما يجعلها شبيهة بالرخصة، الا ان الحكم الاول - الاصلي - قام عليه الدليل ودل عليه، بخلاف الحكم الثاني المقرر بواسطة الحيلة، فلم يقم عليه دليل، وبالتالي ليس تشريعا كالرخصة.

(١) حيث يجوز السلم في كل ما يقال أو يوزن - دون تعيين - انظر فيه - بداية المجتهد ونهاية المقتصد - لابن رشد الحفيد، ج ٢، ص ١٦٧ وما بعدها.
(٢) ذكر البيضاوي ثلاثة أقسام: واجبة كأكل الميتة للمضطر، ومندوبة كالقصر للمسافر، بشروطه، ومباحة كالقصر للمسافر، (نهاية الوصول في شرح منهاج الاصول، للبيضاوي، ج ١، ص ١٢٠).
(٣) الموافقات للشاطبي، ج ١، ص ٢٤٠، ط دار الفكر.

ولكن الأمر قد يدق فيما لو أراد المحتال بعمله الوصول إلى ترخيص الشارع له، بحيث ما أرد من العمل سوى الحصول على الرخصة التي شرعها الله سبحانه وتعالى، كما لو أنشأ سفرا بقصد الإفطار في رمضان، وقصر الصلاة الرباعية.

هنا وفي هذا الفرض، هل يجوز للمحتال ان يستفيد من الرخصة المقررة أم لا؟ وما الفارق بين الرخصة والحيلة في مثل هذا الفرض؟

في الاجابة عن ذلك نرى ان المترخص لم يخالف قصده، قصد الشارع، لانه وصل إلى غرضه من وجهه المشروع، أما المحتال، فقد وصل إلى غرضه من غير وجهه المشروع، وكفى به شؤم قصده، وخبت نيته، فهو لم يتق الله، ولذلك لا يصح ان يكون احتياله - مخرجا - يسوغ له ما أراد، فقد روى عن ابن عباس أن رجلا أتاه فقال: ان عمي طلق امرأته ثلاثا: فقال ان عمك عصي الله، فلم يجعل له مخرجا، فأندمه الله تعالى وأطاع الشيطان، فقال: أفلا يحللها له رجل؟ فقال: من يخادع الله يخدعه^(١).

فالمحتال انما يصل إلى غرضه بطريق ملتو - بعيدا عن طريق الشرع الذي شرعت له الرخصة - وهو بهذا يكون متجاوزا حدود الله، متعديا على ما أمر به الله، فكان بذلك خارجا عن التيسير الذي أراده الله لعباده، فلا يستحقه، ولا يستفيد منه بفعله، فمن سافر بقصد قصر الصلاة، أو الإفطار في رمضان، لا يجوز له أن يترخص - كغيره من المسافرين الذين لم يقصدوا بسفرهم - التحايل على أحكام الشرع - فهو بذلك أشبه بالعاصي في سفره، والعاص لا يجوز له أن يتسفيد من الرخصة التي شرعها الله تخفيفا على العباد وتيسيرا.

جاء في المذهب وان كان سفره في معصية، لم يجز له أن يفطر، لان ذلك

(١) اغاثة اللهفان لابن قيم الجوزية، ج ١، ص ٣٣٧.

اعانة على المعصية»^(١)، وهذا ما يشير اليه الامام الشافعى - رضى الله عنه - بقوله: «فأما من سافر باغايا على مسلم أو معاهد، أو يقطع طريقا، أو يفسد فى الأرض، أو العبد يخرج أبقا من سيده، أو الرجل هاربا ليمنع حقا لزمه، أو مافى مثل هذا المعنى أو غيره من المعصية، فليس له أن يقصر»^(٢).

ومن هذا يتضح ان المحتال لايجوز له ان يستفيد من حيلته، التى ارتكبتها بقصد الوصول إلى الرخصة، التى شرعها الله تعالى.

فهناك فارق بين قصد المحتال، وقصد المترخص، فالمترخص انما يصل إلى غرضه من جهة الشارع، فضلا عن انه لم يطلب ذلك الفرض ولم يعمل من اجله، وفقا للمجرى العادى للامور، بخلاف المحتال، فان قصده الخبيث وسوء نيته - وفقا للغالب من معنى الحيلة - هو السبيل إلى اغراضه وأهدافه.

وتدق التفرقة بين الرخصة والحيلة، اذا ما كان القصد والنية هما المعول عليهما، لاعتبار هذا العمل رخصة أو حيلة، خاصة فى الفرض الذى يريد المحتال فيه ان يتوصل إلى الرخصة بنوع من الحيلة الخفية، اذا ما أخذ فى الاعتبار صعوبة اثبات هذا القصد، والتعرف على نية الفاعل، الأمر الذى دفع القائلين بالارادة الباطنة أن يتراجعوا عن قولهم، وينقدوا مذهبهم، لما فى ذلك من صعوبة بالغة فى الاثبات^(٣).

وبناء على ذلك فانه ينبغى على المرء أن لايحتمل فى تتبع الرخص تخفيفا على نفسه، وتحقيقا لرغباتها، لأن هذا يفتح باب الشر على مصراعيه، ويدفع الناس إلى القول الكاذب والادعاء الباطل^(٤).

نخلص مما سبق إلى أن هناك أوجه اتفاق بين الرخصة والحيلة، كما أن هناك أوجه اختلاف بينهما يمكن ايجازه فيما يلى:

(١) المذهب للشيرازى، ج ١، ص ١٠٢، مطبعة عيسى البابى الحلبي وأولاده بمصر.

(٢) الأم للشافعى، ج ١، ص ١٦٣.

(٣) التعبير عن الارادة فى الفقه الاسلامى، د. وحيد الدين سوار، الطبعة الاولى، ١٩٦٠، ص ٣٩١،

فقرة ٤١١، ص ٣٩٤ فقره ٤١٥ (٤).

(٤) الحيل فى الفقه الاسلامى، المرجع السابق، ص ٣٤٦.

وجه الاتفاق بين الرخصة والحيلة:

تتفق الرخصة مع الحيلة في ان كلا منهما يؤدي إلى الانتقال بالحكم، في الموضوع، الواحد من الشدة إلى اليسر، فالرخصة تنقل الحكم من العزيمة إلى الرخصة، تخفيفاً على العباد، وتيسيراً عليهم، ويتم ذلك بالانتقال بالحكم الشرعي إلى حكم شرعي آخر، أيسر وأخف من سابقه، والحيلة تنقل الحكم من التشريع الأصلي إلى اجتهاد شخصي تخفيفاً على المحتال وتيسيراً عليه، ويتم ذلك بالانتقال بالحكم الشرعي الأصلي إلى حكم آخر لا يتفرع عن الحكم الأصلي الا في نظر المحتال، ولا تؤدي اليه نصوص الشريعة.

أوجه الاختلاف بين الرخصة والحيلة:

يمكن ايجاز الاختلاف بين الرخصة والحيلة فيما يلي:

أ- المترخص لا يخشى اطلاع الناس على حاله، لانه سالك الطريق المعهود الذي شرعه الله للعباد، بخلاف المحتال فانه يعمل جاهدا ان لا يطلع أحد على افعاله خشية افتضاح امره، وانكشاف سره، وذلك لانه سالك للطريق غير المعهود الذي لا تقره نصوص شرعية. هذا اذا كانت الحيلة مذمومة، أما ان كانت مشروعة، فان الفرق بينها وبين الرخصة يصبح دقيقاً، ومع ذلك يظل قائماً، اذ الرخصة أمر مشروع في الدين، وجاءت به نصوص صريحة، بخلاف الحيلة المشروعة، فانه لا توجد هناك نصوص تنهض دليلاً عليها.

ب- المترخص يصل إلى غرضه من جهة الشرع الحكيم، بخلاف المحتال - في الحيل المذمومة - فانه يصل إلى غرضه من غير الوجهة المشروعة، وفي الحيل المشروعة لا يصل المحتال إلى غرضه الا بالاجتهاد واعمال الرأي والفكر.

ج- الرخصة جزء من الشريعة التي شرعها الله عز وجل لعباده، وجاءت على لسان نبيه - ﷺ - وتضمنتها اصول الادلة نصافي مقابلة دليل شرعي آخر ثابت بالادلة أيضا هو «العزيمة» فالرخصة تشريع استثنائي. أما الحيلة فليست شريعة مستندة إلى دليل في مقابلة شريعة أخرى مستندة إلى دليل سابق عليها، وانما هي محاولة ذهنية وعقلية بهدف الانتقال والتحول من حكم

شرعى ثابت بالادلة إلى حكم آخر ثابت بالرأى، وذلك بناء على فهم خفى لا يظن اليه عادة الا اصحاب العقول النيرة، والقرائح المتقدمة. فالرخصة اذن جزء من الشريعة، جاءت وحيا، وثبتت دليلا، وقامت تخفيفا، أما الحيلة فليست كذلك^(١).

د- أخيرا نجد ان مسوغات الرخص تختلف عن مسوغات الحيل، فالرخص تقوم على الخوف من تلف النفس أو الاعضاء أو توقع ضرر شديد ينشأ عنه حرج زائد، ومن ثم تأتي الرخص متنوعة على حسب تفاوت هذه المسوغات في معيار الضرر قوة وضعفا، في حين نجد ان مسوغات الحيل تختلف بحسب غرض المحتال نفسه، وما اذا كانت حيلته مشروعة او غير مشروعة، فلكل حيلة هدفها الكامن في نفس المحتال.

(١) القول بأن الرخصة جزء من الشريعة والحيلة ليست كذلك قد يعترض عليه بحيلة سيدنا يوسف عليه السلام، عندما وضع الصواع في رحل اخيه لابقائه، وهى حيلة جاءت بها النصوص الصريحة، غير انه يمكن الرد على هذا الاعتراض بأن الراجع ان هذه الحيلة خاصة بيوسف عليه السلام، ولا يصح لغيره ان يفعل ذلك في ظل الاسلام، وبالتالي لانهض دليلا على القول بوجود الحيلة في الشريعة. راجع تفصيل ذلك: الحيل في الفقه الاسلامي، ص ١٥٩ - ١٦٥، الحيل في الشريعة الاسلامية، د. محمد عبد الوهاب بحيرى، المرجع السابق، ص ٢٧٨ وما بعدنا.

الفرع الثاني الحيلة والتقية

تمهيد:

علمنا فيما سبق ان الله سبحانه وتعالى شرع الرخصة للعباد تيسيرا وتخفيفا وبمقتضاها ينتقل المكلف من حكم أشد إلى حكم اخف، عملا بالرخصة التي شرعها الله عز وجل.

غير أن الضرورة قد تلجئ المكلف إلى أن يرتكب فعلا، أو يتلفظ بقول، لم يرد النص بإباحته شرعا، مع اطمئنان قلبه بما ورد به النص وفي هذه الحالة يكون قد خالف النصوص مخالفة ظاهرة، وهو يعلم بهذه المخالفة، واضطر إلى ذلك لظروف عصرية، وضائقة شديدة، قد يكون فيها - أى المخالفة - حقنا لدمائه، أو ابقاء لحياته، وذلك كمن يمالئ السلطان، مخالفا بذلك نصا شرعيا، أو يحكما فقهيًا، خوفا من جبروته، وفرارا من طغيانه. مع القصد الصحيح بهذا النص، والفهم العميق لذلك الحكم.

مثل هذا الفرض - يطلق عليه الفقهاء - بأن هذا الشخص متق، وفعلته هذه تسمى «تقية».

العلاقة بين الحيلة والتقية:

بالنظر الدقيق في معنى التقية - على نحو ما سبق - يلاحظ ان هناك تشابها ما بين الحيلة والتقية، بجامع ان كلا منهما له ظاهر، يختلف عن الباطن، فما العلاقة اذن بين الحيلة والتقية؟.

(١) المصباح المنير: مادة «وقى» ص ٦٦٩.

وجه الاتفاق بين التقية والحيلة:

يعد الاتفاق بين الحيلة والتقية أمر ظاهر، يتمثل ذلك في أن كلا منهما له مظهر ومخبر، وكلا منهما لا يمانع في مجافاة الصراحة والوضوح بضرب من التأويل أو الاعذار، فالتقية قد تجاوز الحق صورة وشكلا، كما أن الحيلة قد تجاوز الحقيقة أيضا.

ولهذا كان كل منهما عبارة عن سلوك لم يعتده الناس في حياتهم العادية فالحتيال يظهر سلوكا معينا يقصد به الوصول إلى غرضه ومصالحته، وهو نفس القصد الذي يقصده المتقى بتقيته، فكلاهما سواء في أن ماصدر منهما لا يعبر عن قصد صحيح، أو إرادة معتبرة، لأن ما في داخل النفس يختلف تماما عما ظهر احتيالا أو تقية.

ومن شدة الشبه بين الحيلة والتقية، ذهب فقهاء الاحناف إلى عدم الأخذ بالتقية بل هي في نظرهم حيلة من الحيل السائدة في فقههم، وإنما اعتبروا التقية لونا مستقلا خاصا بأهله، وهم الشيعة، لأنها تتصل بعقيدتهم، وأيضا لم يأخذوا بها لما فيها من التكلف والمبالغة التي لم يقيم عليها دليل ناهض.

أوجه الاختلاف بين التقية والحيلة:

مع هذا التشابه الكبير بين التقية والحيلة، إلا أن الخلاف بينهما لا يزال قائما فالحيلة يستعملها المكلف للوصول إلى مصلحته، وذلك باحتياله على النصوص التي تقف حائلا في طريقه، وذلك إذا كانت الحيلة غير مشروعة، أو النصوص التي لا تودى إلى غرضه إلا بنوع تدبر واجتهاد، إذا ما كانت الحيلة مشروعة، وذلك بخلاف التقية التي لا تصطدم - غالبا - بالنصوص في المعنى.

يضاف إلى ذلك أن المحتال يلجأ إلى الحيلة المشروعة لينعم بما يمكن أن يكون يسرا في الدين، وحتى لا يظهر بمظهر من يتحدى الشريعة، أو الوصول إلى غرضه المنشود إذا ما كانت الحيلة غير مشروعة، ومن ثم فإن مجال الحيل هو

الفقه كل الفقه، حيث انها لاتمنع من الظهور بما يخالف الشريعة، مع الاكتفاء بما يحفظه القلب، مما ليس مثل الظاهر، درءا للخطر، وانتهازا لفرصة مواتية لانها تستعمل عند خوف الوقوع فى الخطر من جراء اعلان الشخص الحقيقية، واطهار العقيدة^(١).

الفرع الثالث

الحيل والذرائع

تمهيد:

يهدف الانسان من وراء تصرفاته إلى نتيجة يرمى إليها، ويعمل من أجلها، ويسعى بكل الوسائل ان يصل إليها، ولولا هذه النتائج، ماقدم على تصرف من التصرفات قولا كان أو فعلا - وكان سلوكه عبثا، وتصرفه لامعنى له.

ومعنى ذلك ان أى سلوك يصدر من الانسان - العادى - لابد له من غاية، يرمى إليها، ويريد تحقيقها، بل ويقصدها لذاتها، لان هذه الغاية هى المحرك الأول الذى دفع الانسان لاتخاذ هذه الوسائل، لكي تكون سبيلا للحصول على ماتعلقت به نفسه، وتاقت اليه، وهذا يعنى ان هناك ارتباطا وثيقا يربط الاسباب بالمسببات، والوسائل بالغايات، وان الامور بمقاصدها، والاشياء بنتائجها، وهذا أمر متفق عليه بين الجميع.

فمثلا: الغاية من عقد البيع هو: تملك المشتري العين المبيعة وقبض البائع لثمن المبيع، ولكل من البائع والمشتري غاية، ارادا تحقيقها من مباشرة عقد البيع، نفسه، على ان الوسائل الموصلة إلى الغايات، قد تكون مشروعة، وقد تكون غير مشروعة، كما ان الغايات نفسها قد تكون مشروعة، وقد تكون غير مشروعة.

فاذا كانت الوسائل مشروعة للوصول إلى غايات مشروعة، فهذا امر مباح بل ومطلوب، وتختلف درجة طلبه تبعا لقوة وضعف هذا الطلب، فقد يكون طلبا جازما فيكون - واجبا - كايجاب الصلاة والصيام والزكاة والحج، وقد يكون

(١) نظرة عامة فى تاريخ الفقه الإسلامى، د. على حسن عبد القادر، ط ٣، ١٩٦٥، ص ٢٣٨، الجبل فى الفقه الإسلامى، المرجع السابق، ص ٣٩٦.

الطلب غير جازم، فيكون مندوباً - ككتابة الدين، والاشهاد عند التبائع.

وقد يكون العكس وهو ان تكون الوسائل غير مشروعة للوصول إلى غايات غير مشروعة، وهذا أمر محرم في الاسلام، وتختلف درجة حرمة تبعا لقوة وضعف طلب تركه، فاذا كان طلب تركه محتما - كان محرما - كطلب ترك الزنا والقتل، وان كان طلب تركه غير محتم - كان مكروها - كطلب ترك بيع الشخص على بيع اخيه، وخطيبته على خطبة اخيه^(١).

فاذا كانت الوسائل غير مشروعة ولكنها قد تؤدي إلى غايات مشروعة، فإن القصد والنية هو المعول عليهما - في هذا الفرض - فمثلا النظر إلى المرأة الاجنبية محرم في الاسلام لانه قد يؤدي إلى حدوث الفتنة، فهواذن وسيلة غير مشروعة.

ولكن الناظر قد يقصد بذلك النكاح الصحيح المعول عليه شرعا - فتكون غايته - مشروعة ومحمودة، هنا وفي هذا الفرض اباح العلماء ذلك استنادا إلى القصد الصحيح وحسن النية، بل ورد الحث على ذلك في حديث جابر رضى الله عنه انه قال: قال رسول الله ﷺ: اذا خطب أحدكم المرأة فان استطاع أن ينظر منها إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل^(٢) قال جابر: فخطبت جارية فكنت أتخبأ لها، حتى رأيت منها مادعاني إلى نكاحها فتزوجتها^(٣).

ومعنى هذا أن النظر المباح لا يكون الا بعد الخطبة، وأما قبلها فهو على أصل حرمة، ولكن لما كان الاصل في النظر هو الحرمة كان وسيلة غير مشروعة، ولكنها ابيحت للوصول إلى غايات محمودة.

(١) طرق استنباط الاحكام من النصوص للاستاذ الدكتور/ عبد المجيد مطلوب، ١٩٨٦، ص ٨، د. عبد الفتاح حسين الشيخ، دراسات في اصول الفقه، الطبعة الاولى، ١٩٧٣، ص ٢٨ وما بعدها.

(٢) هذا الحديث رواه الامام الترمذى في صحيحه بشرح ابى العريى المالكى، دار الكتاب العربى، ج ٤، ص ٣٠٦.

(٣) جاءت هذه التكملة في رواية ابن الاشعث السجستاني الازدى في سننه المعروفة بسنن ابى داود، كتاب النكح، ج ١، ص ٤٨٠.

على ان الحديث دل على جواز نظر الخاطب لمخطوبته بقصد الاقبال على
النكاح والاقدام على الزواج، وقد ورد النظر المباح، في الحديث مجملا من غير
تقييد بمكان معين، فكان تحديد الجزء الذى يباح النظر اليه مبهما، وغير محدد،
مما جعل الفقهاء يختلفون فى تحديده على الوجه الاتى:

أ- قال الجمهور يباح النظر إلى الوجه والكفين والقدمين لأنها ليست بعورة،
والنظر إلى تلك الاشياء يحقق الغرض المقصود^(١).

ب- ذهب الظاهرية إلى اباحة النظر لجميع بدن المرأة عدا السوءتين فلا يحل النظر
اليهما^(٢).

وأرى أن الراجح ما ذهب اليه الجمهور، لان النظر إلى المرأة الاجنبية، أبيع
على خلاف الاصل - لضرورة النكاح، والضرورة تقدر بقدرها، ولا يجوز أن تجاوز
حدودها وبالنظر إلى الوجه والكفين والقدمين يتحقق الغرض المقصود، والهدف
المنشود والنظر إلى غير ذلك حرام ولو قصد به النكاح.

وخلاصة القول فان النية هي التى تحدد ما اذا كان الهدف المنشود - المباح
- مباحا او غير مباح باستعمال الوسائل الغير مشروعة.

ولكن الامر يدق فيما اذا كانت الوسيلة مشروعة والغاية منها غير مشروعة
كما لو وهب جزءا من ماله قبيل حولان الحول، فنقص ماله عن النصاب الذى
تجب فيه الزكاة، هذا الفرض هو ما يسمى بالذرائع عند الفقهاء - بالمعنى الضيق
- وهذا الفرض يكاد يختلط بالحيل التى تأخذ مظهرها مشروعا للوصول إلى باطن
غير مشروع، حيث أن الوسيلة وضعت للافضاء إلى أمر جائز أو مستحب - فهى

(١) بداية المجتهد، ج ٢، ص ٢، المغنى لابن قدامة، ج ٧، ص ٤٥٣، الاقناع فى حل الفاظ ابي
شجاع، ج ٣، ص ٢١، شرح منتهى الارادات لليهوتى، ج ٣، ص ٤، دار الفكر الروضة الندية
شرح الدرر البهية للامام ابي الطيب صديق بن حسن النجارى، ج ٢، ص ١٠، دار الجيل،
بيروت.

(٢) المجلى لأبن حزم الظاهرى، ج ٨ - كتاب النكاح، ص ٤٤٠، مسألة ١٨٧٧، ط دار الامانة
الجديدة - بيروت، وانظر فى هذه المسألة احكام الزواج فى الشريعة الاسلامية، د. محمود عبد
الله المكاوى ١٩٨١، ص ٢٧.

من هذه الزوايا مشروعة - ثم اتخذت هذه الوسيلة للوصول إلى أهداف غير مشروعة سواء كان ذلك بقصد فاعلها، أو بغير قصد منه، مثال الأولى - ماذكرنا - وهنا تختلط بالحيلة - ومنها من يعقد النكاح قاصداً به التحليل. ومثال الثانية، من صلى تطوعاً بغير سبب في أوقات النهي، أو سب أرباب المشركين بين أظهرهم.

العلاقة بين الحيلة والذريعة:

يتضح مما سبق أن الحيلة والذريعة يجمعهما القيام بفعل مباح للوصول إلى أغراض غير مباحة، فما العلاقة بينهما إذن؟

يمكن توضيح هذه العلاقة عند اللقاء الضوء على معنى الذريعة، ونظر الفقهاء إليها. والذريعة في اللغة تعني: ما كان وسيلة وطريقاً إلى الشيء. ثم صارت في عرف الفقهاء عبارة عما افضت إلى فعل محرم، ولو تجردت عن ذلك الافضاء لم يكن فيها مفسدة، ولهذا قيل الذريعة، الفعل الذي ظاهره انه مباح وهو وسيلة إلى فعل المحرم، وإن سد الذرائع على هذا النحو هو: منع ما يجوز منها إذا كان موثقاً إلى ما لا يجوز^(١).

على أن البعض نظر إلى الذرائع نظرة أعم من هذا وأشمل فقال: إن الذريعة هي الوسيلة وهي ما يكون طريقاً لمحرم أو لحلل، وبالتالي فإنها تأخذ حكمه، فالطريق إلى الحرام حرام، والطريق إلى المباح مباح، ومالا يتم الواجب إلا به فهو واجب^(٢).

فمثلاً: الزنا حرام، فالنظر إلى عورة المرأة المؤدى إليه حرام، والجمعة واجبة فترك البيع لأجل أدائها واجب لأنه ذريعة إليها... وهكذا.

(١) إقامة الدليل - ص ٢٥٦ من الفتاوى الكبرى، ج ٣، أصول التشريع الإسلامي للشيخ، على حسب الله ص ٣٥٧ - ط ٦، ١٩٨٢، وانظر المصباح المنير مادة «فرع» ص ٢٠٨.

(٢) أصول الفقه للشيخ أبي زهرة ص ٢٨٧، وما بعدها، الذرائع في الفقه الإسلامي، د. عبد القادر محمد أبو العلا، بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بأسبوط، العدد الثاني، في ١٩٨٤، ص ١٣٦ وما بعدها.

ذلك ان موارد الاحكام فسمان: مقاصد وهى الامور المكونة للمصالح والمقاسد فى أنفسها، ووسائل وهى المفضية اليها، وفى ذلك يقول القرافى «الوسيلة إلى أفضل المقاصد، أفضل الوسائل، وإلى أقبح المقاصد أقبح الوسائل وإلى ما هو متوسط متوسطة»^(١).

ووفقا لهذا المعنى العام نجد ان الاصل فى اعتبار الذرائع، هو النظر إلى مآلات الافعال، فيأخذ الفعل حكما يتفق مع مايؤول اليه، سواء أكان يقصد ذلك الذى آل اليه او لا يقصده، فالتنظر إلى هذه المآلات لا يلتفت فيه إلى نية الفاعل بل إلى نتيجة العمل وثمرته، وبحسب النية يحمى الفعل أو يذم - على نحو ما سبق بيانه.

ولكن الذريعة بهذا المعنى العام تكاد تكون بعيدا عن الحيل، فان قصد بها معناها الضيق، وهو الوصول إلى الحرام من فعل حلال، فانها تشبه الحيلة وتختلط بها ولذلك فان المكلف يمنع من الفعل المباح الذى يؤدي إلى الحرام، لانه لما كانت المقاصد لا يتوصل اليها الا بأسباب وطرق تفضي اليها كانت طرقها وأسبابها تابعة لها معتبرة بها، فوسائل المحرمات والمعاصي فى كراهتها والمنع منها بحسب افضائها إلى غاياتها وارتباطاتها بها، ووسائل الطاعات والقربات فى محبتها والاذن فيها بحسب افضائها إلى غايتها، فوسيلة المقصود تابعة للمقصود، وكلاهما مقصود، لكنه مقصود قصد الغايات، وهى مقصودة بقصد الوسائل، فاذا حرم الله تعالى شيئا وله طرق ووسائل تفضي اليه، فانه يحرمها ويمنع منها، تحقيقا لتحريمه، وتثبيتا له، ومنعا ان يقرب حماه، ولو اباح الوسائل والذرائع المفضية اليه لكان ذلك نقضا للتحريم، واغواء للنفس به، وحكمته تعالى وعلمه يأبى ذلك كل الالباء، بل سياسة ملوك الدنيا تأبى ذلك، وكذلك الاطباء اذا أرادوا حسم الداء منعوا صاحبه من الطرق والذرائع الموصلة اليه، والا فسد عليهم مايرمونه من اصلاح. فما الظن بهذه الشريعة الكاملة التى هى فى أعلى درجات الحكمة والمصلحة والكمال، خاصة وان من تأمل مصادرها ومواردها علم ان الله تعالى

(١) الفروق للقرافى، ج ٢، ص ٣٣، ارشاد الفحول للشوكاني، الطبعة الأولى، ١٩٣٧ ص ٢٤٦ وما بعدها، اسول الفقه، د. محمد زكريا البرديسى، ١٩٨٣، دارالثقافة، ص ٣٥٦.

ورسوله سد الذرائع المفضية إلى المحارم ، ونهى عنها^(١).

ومعنى هذا أن مبدأ سد الذرائع يعنى المنع من الحلال مخافة الوقوع فى الحرام فان من حام الحمى يوشك ان يواقع، وعلى هذا الحال، كانت صحابة رسول الله ﷺ، حيث كانوا يتركون الحلال مخافة الوقوع فى الحرام.

يتضح من هذا العرض لمعنى الذريعة، العام والخاص ان هناك، علاقة قائمة بين الذرائع من جهة والحيل من جهة أخرى، فكلاهما يتفقان فى أن كلا منهما سلوك يوصل إلى غاية، ومع ذلك فبينهما من اوجه الخلاف ما يميزهما، ويمكن ايجاز هذه العلاقة على النحو التالى:

الاتفاق بين الحيل والذرائع:

تتفق الحيلة بمعناها العام مع الذريعة بمعناها العام ايضا، اذ كل منهما وسيلة للحصول على المقصود، محمودا كان أو مذموما، كما تشبه الحيلة بمعناها الضيق، او المعنى المتبادر الى الاذهان عند الاطلاق، وهو المعنى المذموم، الذريعة بمعناها الضيق، وهو التوسل بما هو مصلحة إلى ما هو مفسدة.

ويؤكد هذا التشابه الكبير بين الحيلة والذريعة، ان المالكية والحنابلة وهما من اشد المعارضين للحيل، اختلفوا فى بعض الجزئيات، هل هى حيلة يجب ابطالها، أم ذريعة يجب سدها؟ ومن امثلة ذلك بيع «العينة»^(٢).

فقد ذهب الامام مالك إلى ان مسألة العينة من الذرائع التى يجب ان تسد فى حين ذهب العلامة ابن القيم إلى انها من الحيل الواجب ابطالها، على اختلاف بين مبطلوا الحيل فى ابطال العقد الاول وحده، او الثانى وحده أو هما معا^(٣).

(١) اعلام الموقعين، ج ٣، ص ١٣٥، ط دار الجبل - بيروت.

(٢) العينة هى: أن يستقرض رجل آخر شيئا فلا يقضه قرضاً حسناً، بل يعطيه عيناً، ويبيعها من المقترض بأكثر من القيمة، سميت بذلك / نهى اعراض عن الدين إلى العين (التعريفات للخرجاني، ص ٦٩، أنظر المصباح المنير مادة

(٣) اغابة اللهفان، ج ١، ص ٣٨١.

الاختلاف بين الحيل والذرائع:

ومع هذا التشابه الكبير بين الحيل والذرائع الا ان الاختلاف بينهما واضحا يمكن اجماله فى النقاط التالية:

أ- الذرائع تؤدى إلى المفسدة، ولذا وجب سدها، وقال به جمهور الفقهاء بخلاف الحيل، فانها وان كانت تؤدى إلى خرم قواعد الشريعة - غالبا - الا انها قد تؤدى إلى مصلحة مشروعة، ومن ثم لا يجوز ابطالها، وإلى هذا ذهب القائلين بها والمنكرين لها.

ب- الذرائع يجب سدها ولو لم يقصد صاحبها الوصول إلى المفسدة، بخلاف الحيل فانها لا تبطل الا اذا ظهر قصد صاحبها الخيىث ونيتة السيئة فى خرم قواعد الشريعة، ولهذا تنور مسألة الارادة الظاهرة والارادة الباطنة بالنسبة للحيل، على خالف بين الفقهاء، فى ايهما اولى بالاعتبار، وان كان الراجح، والذي اميل اليه - هو الاخذ بالارادة الظاهرة، لصعوبة الوصول إلى الارادة الحقيقية واثباتها^(١) غير ان هذه المسألة لا تنور بالنسبة للذرائع، فهى من الواجب سدها، قصد صاحبها المفسدة او لم يقصدها.

ج- الحيل - خاصة غير المشروعة - أعم من الذرائع، لان الاحتيال من اجل اسقاط حكم شرعى، ماهو الا ذريعة لانتفاء الحكم عن المحتال، فكل حيلة تؤدى إلى مفسدة تعتبر ذريعة يجب ان تسد ومن هنا كانت كل حيلة ذريعة وليس العكس فالذريعة لا تكون حيلة لعدم وجود القصد فيها غالبا.

د- اخيرا فى مسألة العينة نجد ان الذريعة تتناول عقدا واحدا من عقدين، فى حين تتناول الحيلة مجموع العقدين معا، هذا فضلا عن الاختلاف الواضح بين الحيلة الجائزة وبين الذرائع، فتجوز الحيل يناقض سد الذرائع مناقضة ظاهرة^(٢).

(١) انظر فى عرض الارادة الظاهرة والباطنة فى الفقه الاسلامى بالتفصيل: د. وحيد الدين سوار، التعبير عن الارادة فى الفقه الاسلامى، دراسة مقارنة بالفقه الغربى، الطبعة الاولى، ١٩٦٠، ص ٣٩١ - ٣٩٤، فقرة ٤٤١١ - ٤١٥ (٤).

(٢) اقامة الدليل، ص ٢٦٥، اغائة للهدفان، ج ١، ص ٣٧٠.

من العرض السابق لمعنى الحيلة فى القانون المدنى والفقه الاسلامى، وتمييزها عما يشتهر بها من معان، يمكن القول بأن هناك علاقة من نوع ما بين الحيلة على نحو ما عرفها الفقه الوضعى، وبين الحيلة التى عرفها فقهاء المسلمين، ولهذا فإنه ينبغي علينا ان نعقد مقارنة لتعريف الحيلة بين الفقه الاسلامى والقانون المدنى وذلك كما يلى.

استنتاج ومقارنة:

بعد أن استقام معنى الحيلة فى القانون المدنى بتعريفها وتمييزها عما يشتهر بها، وبعد أن استقام معناها ايضا فى ظل الفقه الاسلامى بتعريفها وتمييزها عما يشتهر بها كذلك، فإن النظر الدقيق فى كل من الفقهاء يجعل من المناسب أن نعقد بينهما مقارنة.

وذلك أن تعريف الحيلة فى القانون المدنى يتفق مع تعريفه فى الفقه الاسلامى فى بعض الجوانب ويختلف عنها فى جوانب اخرى.

اوجه الاتفاق:

يتفق المعنى العام للحيلة الذى استنتجناه من جملة التعاريف التى قيل بها فى القانون المدنى مع المعنى العام للحيلة فى الفقه الاسلامى، والذى قال به علماء اللغة وفقهاء المسلمين، حيث يشتمل هذا المعنى العام على عدة أنواع للحيلة فكان التعريف بالعمومية شاملا لها، يستوى فى ذلك المحمود منها والمذموم، ما كان من قبل المشرع، وما كان بواسطة الافراد، ما كان قولاً أو فعلاً، وما كان كتماناً كذلك. فكل هذا تناوله المعنى العام للحيلة سواء فى ذلك معناها فى القانون المدنى أو فى الفقه الاسلامى.

يضاف إلى ذلك أن تعريف الحيلة القانونية فى القانون المدنى يشبه - من حيث جوازها - تعريف الحيلة عند الحنفية والشافعية فى الفقه الاسلامى خاصة تعريف الامام الحموى من الحنفية.

كذلك يتفق تعريف الحيل التدليسية فى القانون المدنى مع تعريف المالكىة والحنابلة فى الفقه الاسلامى، واللذان ينظران إلى الحيلة على أنها ذلك النوع المذموم من تصرفات البشر، وان كانوا قد اصطلاحوا فى تقسيماتهم للحيلة على النوع المحمود أيضا.

وأخيرا نجد أن الحيلة فى كل من القانون المدنى والفقه الاسلامى، قد تكون فى العقود، وقد تكون فى غيرها، فمحلها يتسع لكافة التصرفات ولا ينحصر على العقود خاصة الملزمة للجانبين وذلك فى القانون المدنى والفقه الاسلامى على حد سواء.

أوجه الاختلاف:

يمكن حصر الاختلاف فى تعريف الحيلة بين القانون المدنى والفقه الاسلامى فى النقاط الآتية:

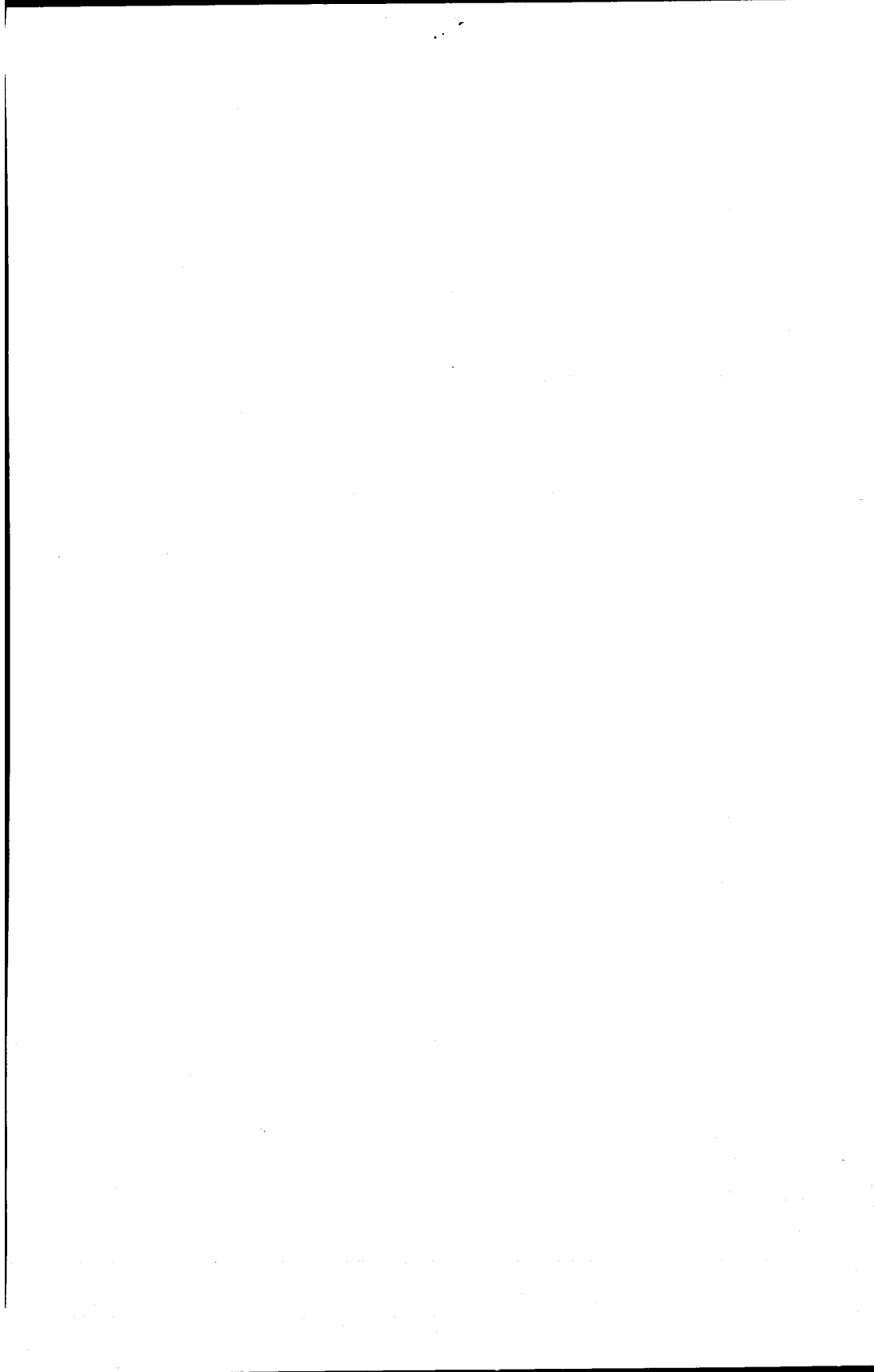
١- الفقه الاسلامى عرف الحيلة بالمعنى العام الذى يتناول كل حيلة، فى حين عرف فقهاء القانون المدنى الحيلة بتعريفات خاصة، فهذه حيل قانونية، وأخرى حيل تدليسية، وثالثة حيل بطريق الصورية، وان أمكن لنا استنتاج معنى عام من هذه التعريفات يشمل كل أنواع الحيل فى القانون المدنى.

٢- تكون الحيل مذمومة فى نظر الفقه الاسلامى عندما تؤدى إلى خرم قواعد الشريعة فى حين نجد ان الحيل المذمومة فى القانون المدنى هى ذلك اللون الذى يشتمل على خداع المتعاقد، ودفعه إلى التعاقد، ولو لم يؤد هذا الخداع إلى خرم النصوص التعاقدية.

٣- اشتمل تعريف الفقه الاسلامى للحيلة على فكرة الحلال والحرام، وانه ينبغى العمل على ابطال كل حيلة توصل إلى الحرام، فى حين اقتصر الفقه الوضعى على جزاء البطلان للعقد الذى بوشرت الحيلة تجاهه.

٤- تناول القانون المدنى تعريف الحيلة الصورية بالتفصيل، ولم يتناولها فقهاء

المسلمين بالتعريف وإن كانوا قد تناولوها في بعض الجزئيات - كبيع التلجئة، وصورية الثمن في المبيع لعدم أخذ الشفيع بالشفعة، ويعنى ذلك أنه في الوقت الذي لم يتناول فيه الفقه الاسلامى بالتفصيل والتعريف معنى الحيل المتبادلة بين الطرفين، نجد ان الفقه الوضعى يكاد يجعل من الصورية نظرية عامة لها تطبيقاتها، ولها صورها، لكن الغريب انه جعل منها ماهو مشروع وماهو غير مشروع، بل جعل الاصل فيها المشروعية حتى يثبت عكس ذلك، وهذا مالا نوافق عليه وماسوف تناقشه عند الكلام على انواع الحيل ومدى مشروعيتها، وهو موضع الباب التالى.



الباب الثاني أنواع الحيل ومدى مشروعيتها فى القانون المدنى والفقہ الإسلامى

تمهيد وتقسيم:

كان لتعريف الحيلة تعريفاً عاماً ، إichاء بأن هناك أنواعاً تندرج تحت هذا التعريف العام، ذلك أن الحيلة تختلف وتتنوع من عدة زوايا ، سواء فى ذلك القانون المدنى أو فى الفقہ الإسلامى ، كما تختلف المشروعية من نوع إلى آخر فى القانون المدنى والفقہ الإسلامى كذلك.

ولهذا فإنه ينبغى علينا أن نلقى الضوء على أنواع الحيل - المتعددة - سواء كان ذلك فى القانون المدنى أو الفقہ الإسلامى ، ثم تتبع ذلك ببيان مدى مشروعية كل نوع من هذه الأنواع على أن يكون ذلك فى فصلين متتاليين على النحو التالى :

الفصل الأول : أنواع الحيل فى القانون المدنى والفقہ الإسلامى.

الفصل الثانى : مدى مشروعية الحيل فى القانون المدنى والفقہ الإسلامى.

وذلك كما يلى :

الفصل الأول

أنواع الحيل فى القانون المدنى والفقہ الإسلامى

تمهيد وتقسيم:

تختلف الحيل وتتنوع ، غير أن هذا التنوع يختلف فى القانون المدنى عنه فى الفقہ الإسلامى ، وذلك بحسب الزاوية التى ينظر منها كل من الفقهاء ، ولهذا فإنه ينبغى أن نقف على أنواع الحيل فى القانون المدنى ، وكذا أنواعها فى الفقہ الإسلامى ، لنعقد مقارنة بين نظرة الفقہ الوضعى للحيل وأنواعها ، وبين نظرة الفقہ الإسلامى للحيل وأنواعها ، ولهذا فسوف أتناول هذا الفصل فى مبحثين أعقد بعدهما مقارنة بناء على إستخلاص وإستنتاج أنواع الحيل فى كل من القانون المدنى والفقہ الإسلامى وذلك كما يلى :

المبحث الأول : أنواع الحيل فى القانون المدنى .

المبحث الثانى : أنواع الحيل فى الفقہ الإسلامى .

* إستنتاج ومقارنة .

وذلك على النحو التالى :

المبحث الأول

أنواع الحيل في القانون المدني (١)

تمهيد وتقسيم:

ظهر لنا واضحاً جلياً من تعريف الحيلة في القانون المدني أنها، إما أن تكون من المشرع، من أجل العمل على تطوير القانون كأسلوب صياغة، وإما أن تكون من الأفراد، من أجل الهروب من أحكام القانون، ولهذا فإن الحيلة في القانون المدني تتنوع - بحسب مصدرها - إلى نوعي، حيلة قانونية، مصدرها المشرع نفسه، وحيلة فردية، مصدرها الأفراد.

يبد أن هذا النوع الأخير من الحيل - الحيلة الفردية - قد تكون من طرف واحد على آخر، أو من الغير عليه في نفس العلاقة التعاقدية بينهما، كما قد تكون من الطرفين معاً، وتسمى الأولى بالحيل التدليسية، وتسمى الثانية بالحيل بطريق الصورية، ولهذا فإن الحيل من هذه الزاوية تنقسم إلى هذين النوعين ليتحصل لنا ثلاثة أنواع للحيل في القانون المدني هم: الحيل القانونية، الحيل التدليسية، الحيل بطريق الصورية.

ولهذا، فسوف أتناول هذا المبحث في ثلاثة مطالب متتالية كما يلي:

المطلب الأول: الحيل القانونية - الافتراضات.

المطلب الثاني: الحيل التدليسية.

المطلب الثالث: الحيل بطريق الصورية.

(١) ذكر البعض في معرض ذكره لأنواع الحيل عموماً إلى أنها نوعين فقط: هما الحيل المحظورة، والحيل الجائزة، وإن صح هذا التقسيم بالنسبة للحكم عليها، إلا أنه لا يصح بالنسبة للحيلة في حد ذاتها كوسيلة وغاية ومرجع صدورها على نحو ما وضحته في المتن، وتقسيم الحيلة إلى محظورة وجائزة هو تقسيم بحسب الحكم عليها والذي يأتي تبعاً لتناولها من حيث الوسيلة والغاية والمصدر، وهذا التقسيم تناولته في ثنايا البحث في أنواع الحيل في القانون المدني (راجع: د. عدلي أمير، كسب الملكية العقارية بالحيلة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، ١٩٩١، ص ٣٧٥).

المطلب الأول

الحيل القانونية (١)

تعتبر الحيل القانونية، أحد أنواع الحيل في الفقه القانوني قديماً وحديثاً، وتعرف بأنها «إفترض أمر مخالف للحقيقة يترتب عليه تغيير حكم القانون دون التغيير في نصوصه، ولذلك فإن هذا النوع من الحيل يطلق عليه الكثير من الفقهاء تعبير الإفتراضات القانونية، أو المجاز القانوني» (٢).

بيد أن إطلاق لفظ الحيلة على هذا النوع يرجع أساساً إلى ما كان يستعمله الأفراد حيال القانون الروماني، الذي نشأ في ظل هذا النوع من الحيل، حيث إسم هذا القانون بالشدة في أحكامه، والشكلية في قواعده. ولذلك لجأ الأفراد إلى سلوك طريق الحيلة للتخلص من الشدة والتعقيد الموجودين في هذا القانون، ولما تغيرت الحياة في روما، وانتقلت من عهد قوامه الزراعة والتجارة إلى عهد قوامه الصناعة كان لا بد من وجود قواعد قانونية تسير ركب التطور الذي لحق الحياة في روما، وإزاء حرمة المساس بنصوص القانون، الذي بات المساس به رجساً من عمل الشيطان يجب إجتنابه والنأي عنه، كان لا بد من إيجاد وسيلة تواكب هذا التطور، وتسير بالمجتمع في طريق التقدم، لإيجاد حلول للمشاكل الجديدة التي وجدت في الحياة الجديدة والمتغيرة يوماً بعد يوم، فكان لا بد من تدخل القائمين على تغيير القانون وتطبيقه لإيجاد هذه الوسيلة، فوجدوا في الحيلة القانونية ضالتهم المنشودة، فعمدوا إليها وعملوا بها، فكانوا يفترضون وقوع أحداث لم تقع بعد، ووجود أحكام سارية المفعول لم ينص عليها في القانون الروماني، وهكذا لجأ الفقه الروماني إلى إفترض وقوع ما لم يقع، أو عدم وقوع ما وقع بالفعل، وكذا لجأ القاضى الروماني إلى إفترض وجود أحكام قانونية تشمل الفروض المستجدة والمستحدثة التي لم ينطبق عليها النص القانوني القائم،

(١) راجع في الحيل القانونية عموماً: د. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، ص ٤٠٠ - ٤١١، د.

هشام صادق، د. عكاشة عبد العال، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ص ٢٣٧ - ٢٦٢، د.

أبو زيد مصطفى، الافتراض ودوره في تطور القانون، ص ٧-٦٠، د. محمد نور فرحات، تاريخ

النظم الاجتماعية والقانونية، ص ١٩٨ وما بعدها.

(٢) راجع، ص ٥٦، من هذه الرسالة.

وبهذا الوسيلة استطاع الفقهاء والقضاة إيجاد حلول للمشاكل الجديدة التي لم تجد نصاً في القانون ينطبق عليها، ومن هنا إتسع نطاق استخدام الحيلة القانونية، للتطيف من قوة القواعد القانونية وشدتها، وتوسيع نطاقها ومدلولها، فاستخدمت بداية من قبل الأفراد، ثم ما لبث أن استخدمها القائمون على تفسير القانون وتطبيقه من الفقهاء والقضاة (١).

ويمكن القول بأن الحيلة كانت الوسيلة المثلى التي تفتق عنها، العقل البشرى في هذه الآونة، بإعتبارها الأسلوب الذى يحفظ للنص قداسته الظاهرية، ويلبى طلبات الحياة المتجددة المتغيرة، ولذلك إستعملها الأفراد أولاً للهروب من حظيرة النصوص المقدسة والتي ما كانوا يجرأون على مخالفتها، فكانت من جانبهم حيلة بالمعنى الدقيق المتبادر إلى الأذهان عند إطلاقه، حيث كانوا يبحثون عنها فى الطرق الملتوية والأساليب المعوجة، فلما أصبح ضرورياً تدخل القائمين على تفسير القانون وتطبيقه لمعالجة الخلل فى الهيكل القانونى الذى لم يعد قادراً على ملاحقة التطور الذى أصاب الحياة، عمد الفقهاء والقضاة إلى استخدام الحيلة القانونية بإعتبارها أنسب الوسائل القادرة على إيجاد الحلول للمشاكل المستجدة وأصبح من الضرورى حينئذ تغيير لفظ الحيلة بلفظ الافتراض، لأنهم كانوا يفترضون وجود أحكام قانونية يمكن تطبيقها على الفروض المستجدة، ومن هنا وجد كثير من الفقهاء يعبر عن هذا النوع بلفظ الافتراضات القانونية، لأنه من غير المستساغ أن يطلق لفظ الحيلة - بما ينطوى عليه من الغش والخداع، - على ما يستعمله المشرع نفسه فى سبيل تطوير القانون.

وإن كنت أرى ضرورة التفرقة بينهما، حيث أن لفظ الحيلة ينطوى على الغش والخداع، وهو وإن كان مقبولاً إستعماله من جانب الأفراد، فإنه ليس مقبولاً أن يستعمله المشرع الذى توكل إليه مهمة تعديل وتطوير القانون، كما أن لفظ الافتراض ينبغى أن يكون قاصراً إستعماله على المشرع نفسه، حيث يفترض أموراً وشبكة الوقوع فى المستقبل ليضع لها نصوصاً تحكمها من البداية، ومن ثم

(١) د. هشام صادق، د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ٢٣٨، د. أبو زيد مصطفى، المرجع السابق، ص ٥٢.

يتفادى عملية تغيير النصوص القائمة وتبديلها بحجة إيجاد البديل لكل ما هو جديد.

وغنى عن البيان أن هذا الأمر من صميم عمل المشرع، ومن ثم فهو بعيد كل البعد عن الأفراد، لأن واضعي القانون هم طائفة معينة لا بد من توافر شروط خاصة بهم، فضلاً عن أن ترك مثل هذا الأمر للأفراد يؤدي إلى إنتشار الفوضى داخل المجتمع.

ولذلك فإنني أرى أن إستعمال الأفراد لهذا النوع من الحيل ما هو إلا غش واحتيال على القانون، ولا يخرج عن كونه ضرباً من ضروب الصورية والغش نحو القانون مما لا يصلح أن يطلق عليه لفظ الافتراضات القانونية.

ومن ناحية أخرى فإن إستعمال الفقهاء والقضاة، أو المشرع لهذا النوع من الحيل ما هو إلا إفتراض لخلق تصورات جديدة، ولذلك جاء في تعريفها بأنها «وسيلة عقلية لازمة لتطور القانون تقوم على أساس إفتراض أمر مخالف للواقع يترتب عليه تغيير حكم القانون دون التغيير في نصه».

ومع ذلك فإن ما يستعمله المشرع في سبيل تطوير القانون - رغم إطلاق لفظ الإفتراض عليه - لا يخرج عن كونه حيلة من الحيل، بإعتبار أن هذا الإفتراض مخالف للحقيقة دائماً، ولذلك فإن من أصدق ما قيل في تعريفه - من وجهة نظري - أنه «أكذوبة محبوكة الأطراف أملت لها الضرورة»^(١). فالإفتراض مخالف دائماً للحقيقة فكل إفتراض - على هذا النحو - حيلة وليس العكس. ولكن الحيلة وفقاً لهذا التفسير ينبغي أن تحمل على المعنى الخير المراد من اللفظ - لا المعنى المتبادر إلى الأذهان عند إطلاقه - ولذلك جاء في تعبير بعض الفقهاء أن هذا النوع من الحيل يمكن أن يقابل الحيل المشروعة في الفقه الإسلام^(٢).

وبنظرة دقيقة نجد أن هذا الرأي غير دقيق، ذلك أن الافتراضات ما هي إلا تصورات ذهنية، يضعها المشرع في إعتباره عند صياغته للقاعدة القانونية، أريد بها تحقيق ما يعجز الفكر القانوني عن تحقيقه، ولذلك فإن كل الحيل بطريق

(١) د. هشام صادق، د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ٢٣٦.

(٢) د. محمد كامل مرسى، د. سيد مصطفى، أصول القوانين ط ١٩٢٣، ص ٢٢٥.

الإفتراضات تأتي مخالفة للحقيقة. هذا في حين أن الحيل المشروعة في الفقه الإسلامي تأتي في صورة أعمال مادية يسلكها الأفراد للوصول إلى أغراض مشروعة بوسائل مشروعة - كما سيأتي بعد - ولذلك فإنها تختلف عن الإفتراضات التي أريد بها تطوير القانون، وأيضاً فإن الحيل المشروعة تستخدم من قبل الأفراد - لا غير - في حين الإفتراضات بمعناها السابق لا يستعملها إلا المشرع الوضعي.

وبناء على ذلك، لا أتفق مع القائلين بمقابلة الإفتراضات للحيل المشروعة في الفقه الإسلامي، وإنما يمكن أن تقابل بالحلول الشرعية التي نزل بها الوحي في مناسبات خاصة، كما في قصة سيدنا أيوب عليه السلام عندما حلف أن يضرب زوجته مائة إن شفاه الله، على نحو ما سيأتي تفصيله في موضعه، - كما تقابل بالإفتراضات التي قال بها فقهاء المسلمين، بإعتبارها إجتهاادات أو تفسيرات للقواعد العامة القائمة، كما في حالة توريث الجنين، وبقاء الذمة المالية للمتوفى حتى تسدد ديونه..... إلخ.

وعلى هذا فإن الإفتراضات القانونية حيلة من الحيل يلجأ إليها المشرع عندما يعجز الفكر القانوني عن إيجاد وسيلة أخرى لحل المشاكل المستجدة، ويكون ذلك في أضيق الحدود، حين يكون الإلتجاء إليها محققاً العدل أو النفع الإجتماعي وحيث تكون هذه الغاية هي التبرير الوحيد للإفتراضات أو الحيل القانونية.

وإذا كانت الحيل القانونية أو الإفتراضات تنطوي على مخالفة الحقيقة دائماً، فإن التساؤل يثور عن المقصود بالحقيقة التي تقوم الحيلة على مخالفتها؟ ولهذا التساؤل أهميته لأن العقل يأبى مخالفة الحقيقة حتى ولو كانت عفواً أو بطريق المصادفة.

وللإجابة عن هذا السؤال يمكن القول بأن المقصود بالمخالفة، هي المخالفة الصريحة للحقيقة والتي تأتي عمداً وعن قصد، بخلاف المخالفة العفوية أو التي تأتي بطريق المصادفة، لأن كل قاعدة قانونية تتضمن قدراً من مخالفة الحقيقة، لأنها تصاغ في صورة عامة مجردة، بعيداً عن ظروف تطبيقها العلمي، وذلك

بهدف ضبط الواقع بقدر الإمكان، ولكن الواقع متغير دائماً وغير منضبط، ولذلك فإن صياغة القاعدة القانونية وهي تحاول ضبط الواقع تؤدي حتماً إلى تشويهه، غير أن هذا التشويه للواقع يقل تدريجياً كلما ابتعدنا عن الحيلة كطريق للصياغة، ويصل هذا التشويه درجته القصوى في "حيلة القانونية لمخالفتها الدائمة للحقيقة، وبالتالي فإن المقصود بالمخالفة هي المخالفة الصريحة.

أما المقصود بالحقيقة التي يترتب على مخالفتها سلوك طريق الحيلة القانونية، فإن الفقه الحديث قد إنقسم بشأنها إلى اتجاهات ثلاثة:

الأول: يرى أن الحيلة تقوم على مخالفة الحقيقة الطبيعية، وهي تتمثل في مجموعة من الحقائق السابقة على الحقائق القانونية.

الثاني: يرى أن الحيلة تقوم على مخالفة الحقيقة القانونية، كما في فكرة الشخصية المعنوية، والأثر الرجعي للقسمة.

الثالث: حاول أنصاره التوفيق بين الاتجاهين السابقين بزعمهم أن الحيلة لا تكون مخالفة لحقيقة قانونية إلا إذا كانت تلك الحقيقة مرتبطة بحقيقة مادية أخرى هي الحقيقة الطبيعية^(١).

وتمشياً مع الغالبية من الفقهاء أرى أن الاتجاه الأول هو الأقرب إلى الصواب، حيث يترتب على الأخذ بالاتجاه الثاني القول بإلغاء القانون أو القاعدة القانونية لا غير، فمخالفة الحقيقة القانونية يكون بإلغاء القاعدة القانونية، أو الإستثناء منها، وأيضاً لا معنى للقول بضرورة وجود إرتباط بين الحقائق القانونية، والحقائق الطبيعية حيث ينعدم هذا الإرتباط في كثير من الحالات.

على أن الحقائق الطبيعية التي تستمد الحيلة تعريفها من الخروج عليها، قد تكون مستمدة من التاريخ أو علم الطبيعة، أو منطق الأشياء، ومن أمثلة الحيلة المخالفة للحقائق التاريخية تلك القاعدة التي تقرر أنه قد حدث ما لم يحدث، أو تقرر عدم حدوث ما قد حدث بالفعل، ومنه إعتبار الجنون المتقطع، وهو الذي تتخلله فترات إفاقة، جنوناً مستمراً مع ما قد يترتب على ذلك من بطلان التصرفات التي تقع من المجنون وهو في فترة الإفاقة، حيث ينكر القانون حالة الإفاقة ويعتبرها كأن لم تحدث.

(١) راجع هذه الاتجاهات بتوسع: رسالة د. منصور مصطفى منصور، نظرية الطول المعنى، وتطبيقاتها في القانون المدني المصري، ط ١٩٥٦، فقرة ٦٤، د. أبو زيد مصطفى، المرجع السابق، ص ٨، فقرة ٥.

ومن أمثلة الحيلة المخالفة للحقائق المستمدة من علم الطبيعة تلك القاعدة التي تخالف التقسيم الطبيعي للأشياء إلى منقولات وعقارات فتعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، رصداً على خدمة هذا العقار أو إستغلاله، كما يعتبر منقولاً العقار الذي ينتجه صاحبه إلى هدمه والتصرف فيه بإعتباره أنقاضاً قبل أن يتحقق هذا الهدم فعلاً، ولذلك يسمى بالمنقول بحسب المال.

ويعتبر الأثر الرجعي للقسمة من أبرز الأمثلة التي تنطوى على مخالفة منطق الأشياء، حيث يترتب على الأخذ بهذا الأثر أن الجزء الذي آل إلى المتقاسم كان مملوكاً له ملكية مفرزة منذ بدء حالة الشيوخ، مع ما يترتب على ذلك من إنكار حالة الشيوخ، والتي كانت قائمة بالفعل، وهي سبب القسمة. ومع ذلك فإن للحيلة دورها في هذا المثال لحماية كل متقاسم من تصرفات الشريك الآخر في الجزء الذي آل إليه بالقسمة، وهي كما هو واضح تنطوى على مخالفة مبدأ عدم التناقض حيث تعتبر الشيوخ، قائماً وغير قائم في نفس الوقت، فضلاً عن مخالفتها للحقيقة التاريخية حيث أنها تنكر في أحد جوانبها قيام حالة الشيوخ أصلاً، وما القسمة إلا، أثر من آثار الشيوخ.

وإذا كانت الحيلة - وفقاً للرأى - تنطوى على مخالفة الحقيقة الطبيعية، فإن تسوياً يقفز إلى الأذهان عن الداعى إلى هذه المخالفة، خاصة وأن العقل يأبى ذلك؟

يمكن إجمال هذه الأسباب في وجود أسباب عامة، وأخرى خاصة، وتلخص الأسباب العامة التي دعت إلى الأخذ بالحيلة القانونية قديماً في الأصل الدينى للقواعد القانونية وصعوبة المساس بها، فضلاً عن التطور الذى أصاب المجتمعات البدائية فى العلاقات الاجتماعية والاقتصادية.

أما الأسباب الخاصة التى دعت إلى الأخذ بالحيلة القانونية فتتمثل فى طبيعة الشعب الرومانى، الذى نشأ الإفتراض فى ظل قانونه، ويمكن تلخيصها فى الطبيعة المحافظة للشعب الرومانى، وندرة التشريعات الرومانية، بالإضافة إلى أنها كانت تشريعات ضيقة تتسم بالشدة والشكلىة مما أدى بالفقهائ الرومان والبريتور الرومانى إلى التحيل على النصوص، باللجوء إلى

الإفتراض، تفادياً للصعوبات التى تؤدى إليها الطبيعة الخاصة للقانون الرومانى^(١).

وقد لعب الإفتراض دوراً بارزاً فى تطور القانون لدى الشعوب القديمة، وعلى الأخص لدى الشعب الرومانى، وما زال للإفتراض دور بارزاً فى صياغة القاعدة القانونية إلى وقتنا هذا كطريق يلجأ إليه المشرع لتحقيق العدل أو النفع الاجتماعى.

وإذا تتبعنا الدور الذى لعبته الحيلة فى الشرائع القديمة - خاصة القانون الرومانى - نجد أن للحيلة دور كبير فى تطور القانونى الرومانى - قديماً - حيث إستخدمت الحيلة لتحقيق أكثر من هدف، فإستخدمت حيناً لتخفيف وتلطيف بعض النظم القائمة، بحيث أصبح فى الإمكان تحقيق أكثر من هدف، لم يكن فى الإمكان الوصول إليها أمام صرامة نصوص القانون الرومانى وشدتها حيث أفلحت الحيلة فى :-

- تطبيق قواعد القانون الرومانى على غير الرومانيين.
- حماية المالك من تعسف جاره.
- إستمرار الشخصية القانونية عن طريق التحايل.
- إفتراض أن الأرض الإقليمية إيطالية، حتى يمكن لصاحبها أن يحميها إذا وقع عليها إعتداء، وإستردادها إذا أنتزعت منه، حيث كانت دعاوى الملكية العقارية قصرأ على الأراضى الإيطالية.
- وأيضاً إستخدمت الحيلة كوسيلة لتبرير بعض النظم القانونية القائمة، وذلك كما إفتراض أن الجنين قد ولد قبل وفأ مورثه، حيث كانت القاعدة فى القانون الرومانى - والمتعارف عليها إلى الآن - أن شخصية المرء تبدأ بالميلاد وتنتهى بالوفاة، ومن ثم فإن الجنين الذى مات مورثه قبل ولادته لا يرث، حيث لم تبدأ شخصيته القانونية بعد، ولذلك جاءت الحيلة لتفترض أن الجنين قد ولد قبل وفاة

(١) راجع الأسباب التى دعت إلى الأخذ بالحيلة تفصيلاً: د. ابو زيد مصطفى، المرجع السابق، ص ٢٦ وما بعدها.

مورثه، ومن ثم يتمتع بالشخصية القانونية وهو فى بطن أمه، وبذا يكون له نصيبه فى تركه مورثه. وبهذه الحيلة إستطاع الرومان الخروج من ضيق مضمون القاعده السابقه.

كما إستخدمت الحيلة أخيراً لخلق نظم قانونية جديدة لم تكن موجوده من قبل ومن أهم تطبيقات هذا النوع، الملكية البريتورية، ومبدأ النيباه فى التعاقد، على ما سنوضحه تفصيلاً عند الكلام على مشروعيه هذا النوع من الحيل. وإذا كان هذا دور الحيلة فى الشرائع القديمه، فإن السؤال الذى يطرح نفسه على بساط البحث هو مدى أهمية الحيلة القانونية فى عصرنا الحديث.

يمكن القول بأن الحيلة القانونية، كطريق من طرق الصياغة، ما زالت تلعب أهمية فى العصر الحديث، وإن تراجع دورها كثيراً عما كان عليه فى الماضى.

فعلى الرغم من أن البعض قد ذهب إلى أن الشرائع الحديثه قد قطعت صلتها بالحيلة، بحسبان أنه لا حاجة بهذه الأمم إلى مثل هذا الإسلوب - بإعتباره تزوير للواقع - لتقرير مبدأ صالح، أو تعديل نظام سليم، إلا أننا مع ذلك لا نعدم الدور الذى تقوم به الحيلة فى وقتنا المعاصر، وإن كان دوراً ضعيفاً، حيث ما يزال كل من الفقه والقضاء، بل والمشرع نفسه يستخدم الحيلة بوصفها من وسائل تطور القانون فى حالات محدده، ولكن يجب ملاحظه أن الدور الذى تقوم به الحيلة فى القانون الحديث يكاد يقتصر على تبرير بعض النظم القانونية، وتصويرها فى صورة إفتراضات نظريه، حتى يمكن فهم القانون، وحصر الحالات التى تنطبق فيها قاعده من القواعد، ونكاد لا نعثر على أثر للحيلة كوسيلة لإنشاء أو تعديل النظم القانونية كما كان الحال فى ظل القانون الرومانى^(١).

وعلى هذا فإن دور الحيلة فى العصر الحديث محدود وضيق، وينحصر فى تبرير بعض النظم القانونية القائمة فعلاً سواء فى ذلك نظم القانون العام، أو نظم القانون الخاص.

وعلى سبيل المثال: نجد فقهاء القانون العام قد إستخدموا الحيلة كأداة لتبرير

د. هشام صادق، د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ٢٥٩.

شكل الدولة من ناحية، ولتحديد الأساس الذى يقوم عليه نظام المجتمع السياسى من حيث علاقة الحكام بالمحكومين من ناحية أخرى. حيث ذهبوا إلى وجود عقد بين الفريقين (الحكام والمحكومين) هذا العقد يسمى بالعقد الاجتماعى - على خلاف بينهم فى أطراف هذا العقد -، وقولهم بذلك إنما هو على خلاف الحقيقة والواقع حيث لم يثبت تاريخياً صحة هذا الافتراض، ولا تخرج المسألة عن كونها حيلة أريد بها تصوير العلاقة بين الحكام والمحكومين^(١).

أما نظم القانون الخاص ففيها نجد الفقيه والقاضى، بل والمشرع نفسه يأخذون من الحيلة وسيلة لتبرير وشرح بعض النظم القانونية القائمة، بعضها موروث من التقاليد الرومانية، كما فى توريث الجنين، ومبدأ النيابة فى التعاقد، وبعضها ألجأت إليه ضرورات إجتماعية، كما فى قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون أو ضرورات عملية كما هو الحال بالنسبة لإضفاء الشخصية المعنوية للشركات والهيئات والمؤسسات والجمعيات، والتى أخذ بها القانون المصرى (م ٥٢)، وأخيراً نجد البعض منها قد استقى أحكامه من الشريعة الإسلامية مثل: إعتبار المفقود ميتاً إذا إنقضت مدة على فقده، دون أن تعلم أخباره، وهل هو حى أو ميت، ويأخذ حكم المتوفى من حيث إنقضاء شخصيته القانونية، مع ما يترتب على ذلك من آثار^(٢).

ومنه أيضاً إفتراض أن المورث حى حتى تستمر ملكيته لأمواله إلى أن يتم سداد الديون، وهى قاعدة مقررة فى الفقه الإسلامى، ومنصوص عليها فى القرآن

(١) فى نظرية العقد الاجتماعى، راجع: د. محمود عاطف البنا، النظم السياسية، ط ٢ (٨٤ - ١٩٨٥)، ص ٨٠ - ٩٠ دار الفكر العربى، د. محمد على العوينى، أصول العلوم السياسية، القاهرة، ١٩٨١، ص ٨٧، ٩٣، د. فتحى عبد الكريم، الدولة والسيادة فى الفقه الإسلامى، دراسة مقارنة، مكتبة وهبة، ١٩٧٧، ص ١٣٧ - ١٤٠.

(٢) فى هذا الحكم راجع: د. أحمد سلامة، المدخل لدراسة القانون، ١٩٧٨، ص ٤٠١ فقرة ٢٢٧، وقد توجد الحيلة القانونية أيضاً كضرورة اقتصادية كما فى تقديم الساعة أو تأخيرها الآن وفقاً لمتابعة البلاد.

الكريم حيث يقول الله تعالى في آية المواريث «من بعد وصية يوصى بها أو دين» (١).

وهكذا نجد أن الحيلة القانونية على الرغم من ضعف دورها في العصر الحديث، إلا أن هناك ضرورات ما زالت تقتضى وجودها، وهو ما يأخذ به القانون المصرى فى حالات محددة منه.

المطلب الثانى

الحيل التدليسية

إذا كان الوضع فى الحيل القانونية عبارة عن مجرد تصوير ذهنى بحث يلجأ إليه المشرع، وهو بصدد صياغة قانونية، لضرورة ألجأت إلى ذلك فإن الأمر فى الحيل التدليسية يختلف تماماً، فهذا النوع من الحيل ليس تصويراً ذهنياً، كما لا يقوم به المشرع بحال، وإنما هى أعمال يباشرها أحد المتعاقدين تجاه الآخر، أو شخص من غير المتعاقدين تجاه أحد المتعاقدين، بقصد إيهامه خلاف الحقيقة، مما يدفعه إلى التعاقد...

وتعتبر الحيل التدليسية - وبحق - جوهر التدليس المنصوص عليه قانوناً كعيب من عيوب الرضا، ذلك أن القانون يهدف إلى تحقيق الاستقرار فى التعامل، ليستتب الوثلم فى المجتمع، وهذا بدوره يتطلب حسن النية فى التعامل كفضالة للطمأنينة بين أفراد المجتمع، خاصة وأن للمعاملات معان سامية، وأغراض نبيلة، تقتضى أن يقوم المتعاقد على التعاقد مستهدفاً غرضاً اجتماعياً أو شخصياً نبيلاً، راجياً منه تحقيق منفعة خاصة تحدها الأمانة الإجتماعية، وتسودها الطمأنينة، ولا يغفل القانون - بإستهداف تحقيق هذه الأغراض - عن وجود المدلسين وسط هؤلاء المتعاقدين، فيراهم يصرفون أمورهم تصرفاً مادياً وآلياً أعمى، بحيث لا يرجون سوى قضاء مصالحهم الخاصة، التى يكون لحمتها السوء، وسداها الغدر، وقوامها التثكيل، وسنداها

(١) سورة النساء (آية ١١).

الإيذاء، وبغيتها الخراب كل الخراب، ولا يعينهم فى قليل أو كثير، ما قد يلحق المتعاقد الآخر من أذى أو خسارة أو حتى دمار، لأن هدفهم مصلحتهم الذاتية فقط، فيكون أطراف العلاقة فى المعاملة الواحدة كل منهما على النقيض من الآخر، فهذا متعاقد يقدم على التعاقد بحسن نية، وذاك متعاقد آخر يقدم على العقد مسلحاً بوسائل الغدر والخديعة والمتجسمة فى الوسائل الإحتيالية، منتوياً تضليل المتعاقد الآخر^(١).

هذه الحيل التدليسية تتحلل فى الواقع إلى عنصرين هما عنصرا التدليس لدى غالبية الفقهاء^(٢)، العنصر المادى : ويقصد به استعمال الوسائل الإحتيالية، والعنصر المعنوى : ويراد به نية التضليل لدى المدلس. ويمكن تفصيل هذين العنصرين على النحو التالى:

أولاً - العنصر المادى للتدليس:

يقصد بالعنصر المادى للتدليس : إستعمال الوسائل الإحتيالية (الحيل التدليسية) هذه الوسائل عبر عنها المشرع المصرى بلفظ الحيل (م ١/١٢٥)، وكذا عبر عنها المشرع الفرنسى بلفظ "Manoeuvres" (م ١١١٦) وهى تعنى المناورات. وهذه الوسائل لا تقع تحت حصر فى القانون فكل ما يستعمله المدلس لإلباس الباطل مظهر الحقيقة يعد من الحيل المكونة للتدليس. فالوسائل الإحتيالية بناء على ذلك هى النشاط التدليسى ذاته، وذلك وفقاً للرأى الراجح من إعتبار الحيل التدليسية هى جوهر التدليس، يتوافر التدليس بتوافرها، هذه الوسائل تستهدف إيهاء الزيف، ومحو الحقيقة، حيث تلقى غشاوة فى نظر المدلس عليه، فتجعله يمد يده إلى ما لا يريد، فإذا ما أبصر الحقيقة وجد نفسه أمام عقد قد تم

(١) راجع مقال الأستاذ إبراهيم أحمد إبراهيم، نظرية التدليس فى التشريع المصرى، المحاماة، ص ٥٠ - ٩ - ص ٢٢.

(٢) منهم على سبيل المثال : د. لبيب شنب، دروس فى نظرية الإلتزام، ١٩٧٧/٧٦، ص ١٦٠ وما بعدها، د. عبد المنعم البدرأوى، النظرية العامة للإلتزامات، ج ١، ص ٢٦٩، وما بعدها، د. جميل الشرفاوى، النظرية العامة للإلتزام، ك ١، ص ١٣٤ وما بعدها، د. توفيق فرج، النظرية العامة للإلتزام، ج ١، ط ٢، ص ١٤٣.

أمره، ورباط قد ينقض شأنه، فإذا ما أراد الخلاص وجد نفسه أمام أمر واقع لا فكاك منه، وعقد لا فرار منه، حيث أقدم على هذا التعاقد، ولذلك فإن القانون ما ترك هذا الوضع لهوى الأفراد، أو لشيطان الجماعات، وإنما جعل للعقد حدوداً إذا ما تجاوزها عاقد، إستطاع القانون أن يقتصر منه بأنسب الوسائل، حيث أعطى للمدلس عليه طلب إبطال العقد، وله فضلاً عن ذلك الحق في طلب التعويض بإعتبار التدليس غير مشروع فقهاً، وقانوناً، والذي قد يصل إلى التعويض الإضافي، وليس أخذ ما أثرى به الآخر^(١).

هذه الوسائل الإحتيالية كثيرة ومتنوعة، وما جاء منها في القانون، أو في أحكام المحاكم، إنما كان على سبيل المثال لا الحصر، فكل ما يصدر من أقوال وأفعال أريد بها إيهام المتعاقد بغير الحقيقة، ليكون دافعاً له إلى التعاقد، يعد حيلة من الحيل المكونة للتدليس المفسد للرضا وهي بهذا تتوقف على كل من الخادع والمخدوع فالأول من حيث دهائه وحيلة خطته، والثاني من حيث غيائه وسذاجة عقلية.

ويمكن القول بأن الحيل التدليسية يمكن أن تصدر في صورة إيجابية، سواء كانت قولاً أو فعلاً، كما أنها يمكن أن تصدر في صورة سلبية كالسكوت في موضع البيان وهو ما يسمى «بالكتمان» وذلك على النحو التالي:

أ - الحيل القولية:

يعد الكذب صورة صادقة للتعبير عن هذا النوع من الحيل التدليسية، بل أن الكذب يأتي في مقدمة الوسائل الإحتيالية التي يتخذها المدلس ستاراً ليحقق رغبته، والفوز بآماله.

والأصل أن الكذب وحده لا يكفي لقيام التدليس، سواء شفويّاً أو مكتوباً^(٢)، بل يجب أن يدعم هذا الكذب بمظاهر مادية تطليه بلون الحقيقة،

(١) استئناف مختلط ١٩٣٤/٥/٨، بلتان، ص ٤٦، ص ٢٨٢.

(٢) د. ليب شنب، المرجع السابق، ص ١٦١، وأيضاً رسالة د. نادية يحيى أبو شهب، النظرية العامة للطرق الإحتيالية، ١٩٨٤، ص ١٨٩، مقال الأستاذ: إبراهيم أحمد إبراهيم، السابق الإشارة إليه، ص ٢٣.

وتكسبه وجهها، وذلك أن ليس ثمة واجب قانوني يوجب قول الصدق، وإنما فقط واجب أخلاقي تجاه المجتمع، يتطلبه استقرار التعامل فيه.

ولكن هذا القول على إطلاقه غير دقيق، لأن الكذب وحده قد يدفع المتعاقد إلى الوقوع في غلط، ويدفعه إلى التعاقد، وهو في هذه الحالة أن لم يجز له طلب إبطال العقد للتدليس، جاز له ذلك بناء على الوقوع في الغلط - إذا توافرت شروطه - أن يطالب بتعريض، هذه هي الحالة التي يقترب فيها التدليس من الغلط، وتلك نقطة الوصل بينهما، ومن رأى أنه من الممكن الإستغناء عن التدليس في ظل نظرية الغلط الحديثة: إنما أراد هذا التقارب الشديد في النتيجة المترتبة على كليهما، وهي جواز طلب بطلان العقد في كل منهما مع التعويض إن كان له مقتضى.

على أنه قد يوجد صدى لهذا القول في الفقه الفرنسي، حيث يذهب رأى هناك إلى القول بأى الكذب وحده يكفي لتكوين التدليس متى أفلح في إيقاع المتعاقد في الغلط^(١).

في حين ذهب القضاء في فرنسا إلى عكس ذلك، حيث قضت محكمة «رونيه» بأن أدلاء أحد المتعاقدين للآخر ببيانات كاذبة لا يعيب الإرادة، ما لم يقرن هذا الكذب بوسائل إحتيالية تعززه^(٢)، وهو الحكم الذي أبدته محكمة النقض الفرنسية^(٣).

وإذا كان المدلس عليه لا يجوز له طلب إبطال العقد للتدليس إلا للغلط الذي وقع فيه، فإنه - ومن خلال هذه النتيجة - لا تعارض بين الفقه والقضاء في فرنسا، ومن ثم فإن الكذب إذا وصل إلى درجة وقوع المتعاقد في غلط، فإنه يصبح على درجة كبيرة، كما لو صاحبه وسائل إحتيالية تؤكد وتقويه، ومن ثم فإنه يكفي لتكوين التدليس في الحالتين، ومن هنا نرى أنه لا تعارض بين ما قرره الفقه والقضاء الفرنسيين.

(١) بلانيول: مقالة عن التدليس منشورة بالمجلة الإنتقادية، س ١٨٩٣، ص ٥٤٥ وما بعدها، مشار إليه في رسالة د. فادية أبو شهبة، المصدر السابق، ص ١٨٩.

(٢) راجع حكم محكمة رونية Renne في ٢١ يوليو سنة ١٨٨٠، دالوز ١٨٨٣، ١، ٣٣١.

(٣) محكمة النقض الفرنسية في ١٥ يونيو سنة ١٨٨١، دالوز ١٨٨٣، ١، ٣٣٣.

خلاصة القول، فإن الرأي الغالب في الفقه والقضاء في فرنسا هو ضرورة وجود أساليب إحتيالية تدعم الكذب لتكون أمام تدليس يجيز طلب إبطال العقد، أما الكذب فإنه لا يكفي وحده لقيام التدليس، خاصة إذا كان غير ذات بال.

ولكن ما هو الموقف في الفقه المصري؟

يبدو لأول وهلة أن الفقه المصري يكاد يمتنع أفكار الفقه الفرنسي، ذلك أن منطقة المعاملات في نظر الفقه المصري منطقة حرة، يدخل في حدودها كل من له خبرة ومهارة بشئون الحياة داخل المجتمع الذي يعيش فيه، ومن ثم فإن التعاقد في حد ذاته يكون حراً، فإذا دخل طرفين في عقد ما، فإن ما يفوز به أحد الطرفين في معترك الحياة من مزايا الأخذ والرد، والتزاحم بالمناكب والتصادم، أمر طبيعي لا يخرج عن حدود التعامل الطبيعي، لأنه مما لا شك فيه أن لكل من المتعاقدين أن يتسلح في وجه الآخر بما شاءت له قدرته، وواتت به قدرته في التفكير والوزن والتقدير، ولكن ليس لأيهما أن يلجأ إلى أساليب خداعة، يدخل بها الغش على العاقد الآخر، فيكون كمن يلقي بالرماد في عين زميله، فيسلبه وضوح الرؤية، وقوة البصر، فيفسد عليه مزية التمييز، والحكم السليم، فينافي بتصرفه هذا الأخلاق الجارية، ويخرج على المألوف في التعامل، ولا شك أن التعاقد في مجال المهارة المشروعة يخرج سليماً له أثره القانوني، أما إذا حدث التعاقد في جو إلتبس فيه الحق بالباطل، وسادته عوامل الخدعة، وعصفت به عواصف الغش، وطفى عليه طغيان التلفيق والتلبيس بما جعل العاقد الآخر قد يتعد كثيراً عن المنطقة السليمة للتعاقد الصحيح، فالتعاقد خارج عن النطاق المشروع، ولهذه المعاني - كلها - قرر الفقه المصري أن موضوع التعاقد إما أن يتطلب ضرورة الصدق أو لا يتطلبه^(١).

فإن كان موضوع التعاقد لا يتطلب ضرورة الصدق، كما لو كان الكذب فيه شائعاً أو مألوفاً، أو معتاداً، فإن الكذب فيه لا يعتبر تدليساً، كما في إطراء الصانع لصنعه، ومدح التاجر لسلعته، ولهذا قررت المحاكم بأن مجرد مبالغة التاجر

(١) د. عبد الناصر العطار، نظرية الإلتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، الكتاب الأول،

١٩٧٥، مطبعة السعادة، ص ١٦٣.

فى ذكر محاسن بضاعته ووصفها بما لى فيها بقصد تزويجها لا يعبر تدليساً، ما دامت هذه المبالغة فى التعامل، ولم تتعد حدود الإطراء العام^(١).

وهذا هو ما صرحت به إحدى المحاكم بقولها «مجرد الكذب، أو عدم التصريح بالحقيقة، لا يعبر تدليساً، مسداً للرضا، حيث نص القانون على أن التدليس الموجب لعدم صحة رضا المتعاقدين، هو المترتب على الحيل المستعملة له من التعاقد الآخر، بحيث لولاها لما رضى (م ١٣٦ من التقنين المدنى القديم)^(٢)، وكان هذا الحكم يشترط فى الحيل المستعملة أن تكون فعلاً إيجابياً بجانب الكذب أو الكتمان.

وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية حين أعطت لمحكمة الموضوع الحق فى إعتبار ما وقع من البائع، لإيهام المشتري بأنه تام الأهمية، مجرد كذب لا يستوجب مساءلته^(٣).

ولهذا قرر الفقه أنه إذا ورد ببعض الإعلانات أو النشرات عبارات غير صحيحة كالوعد الكاذبة، فلا يعبر ذلك نوع من التدليس، إذا لم تتأكد بوسائل إحتيالية معينة^(٤). غير أن هذا التصريح على إطلاقه لا يعبر عن الحقيقة، إذ الكذب وحده يعد حيلة غير مشروعة تستوجب المساءلة، غاية الأمر أنه لا يؤدى إلى بطلان العقد، وليس ذلك لأنه يجب أن يصطحب بأساليب معينة، بل لأنه لم يؤثر فى التعاقد الآخر^(٥).

على أن هذه الوسائل التى تدعم الكذب وتقويه، لا يشترط فيها أن تكون على درجة من التخطيط أو الجسامة بالقدر الذى يرقى بها إلى درجة النصب الجنائى، فدائرة التدليس المدنى أوسع من دائرة النصب الجنائى. ولذلك فإنها تشمل النصب وغيره - كما سبق فى التمييز بينهما -، ومن هنا فإن هذه

(١) استئناف مختلط فى ٨ ديسمبر ١٩١٥، بلتان، ص ٢٨، ص ٤٨.

(٢) محكمة المنيا الجزئية فى ٣ أكتوبر ١٩٢٢، المحاماة، ص ٥، رقم ٢٢٨، ص ٢٦٧.

(٣) نقض مدنى فى ١٩٤٤/٥/٤، الموسوعة الذهبية، ج ٧، ص ٧١١، رقم ١٤٣٤ (طعن رقم ٩١ لسنة ١٣ ق).

(٤) د. عبد السلام ذهنى، الإلتزامات، ص ١٢١.

(٥) د. حلمى بهجت بدوى، أصول الإلتزامات، الكتاب الأول، فى نظرية العقد، ١٩٤٣، مطبعة نورى بالقاهرة، ص ٢٠٣، هامش (٢٢).

الوسائل كثيرة ومتنوعة، فمثلاً : يعتبر تدليساً، إلتحال أحد المتعاقدين اسماً أو صفة كاذبة كانت لها قيمتها في نفس المتعاقد معه، فأدت أثرها في إيهام المتعاقد الآخر، وجره إلى التعاقد، وكذا يعد تدليساً، تقديم أوراق غير صحيحة، ونسبتها إلى أشخاص أو جهات معينة، وكما لو إستعان أحد المتعاقدين بأشخاص آخرين لتأييد إدعاءاته الكاذبة... وهكذا.

بناء على هذا فإن مجرد الكذب لا يكفي لتوافر التدليس، ما لم يتبين بوضوح أن العاقد المخدوع لم يكن يستطيع إستجلاء الحقيقة بنفسه، وأن هذا الكذب هو الذى دفعه إلى التعاقد، أما إذا كان يستطيع إستجلاء الحقيقة، فلا تدليس. والعبرة في ذلك هي بالظروف التى أحاطت بالكذب، وهل من شأنها أن تلبس على المتعاقد وجه الحق فتحمله على التعاقد تضليلاً، وأيضاً يراعى فى ذلك إختيار المدلس الطريق الذى يصلح لهذا الغرض بالنسبة لهذا التعاقد، فمن الناس من يصعب التدليس عليه، فتنصب له حائل معقدة، ومنهم من يسهل غشه فيكتفى فى التدليس عليه بمجرد الكذب، فالمعيار ذاتياً بالنسبة للمخدوع^(١).

وهنا يذكر دى باج بأنه يجب مراعاة عدم خبرة المتعاقد المخدوع، أو جهله، إلا أنه لا تجوز المغالاة فى ذلك إلى حد حمايته حتى لو كان جهله لا يغتفر، بل ينبغى أن نلتزم فى ذلك حداً أدنى من اليقظة، ويقرر ديموج فى ذلك أن المعيار وسط بين الذاتية والموضوعية^(٢).

ونخلص مما سبق أنه إذا كان موضوع التعاقد مما يكثر فيه الكذب أو يعتاد فإن الكذب يكون فى حاجة إلى وسائل إحتيالية تدعمه لكي نكون أمام تدليس مفسد للرضا.

أما إذا كان موضوع العقد يتطلب ضرورة الصدق، فإن مجرد الكذب يكون كافياً لقيام التدليس، ولذلك قضت محكمة أسبوت الكلية بأن الكذب تخايلاً للحصول على عمل بإعطاء بيانات غير صحيحة عن كفاية الطالب

(١) د. السنهورى، الوسيط، ج ١، ص ٤٢٦.

(٢) انظر دى باج Depage ج ١، بيند ٥٠، ص ٥٩، ديموج Demoge، ج ١، بند ٣٦١، مشار إليهما فى الوسيط للعلامة السنهورى، المرجع السابق، ص ٤٢٤ وما بعدها، هامش (١).

وخدماته السابقة، من شأنها أن تؤثر التأثير الكافي في رضاء من تم التعاقد معه على العمل، وبذلك يكون العقد قابلاً للإبطال لإستناده إلى خطأ مفسد للرضا (١)

على أن من أكثر العقود حاجةً لصدق، إنما هو عقد التأمين - كما ذكرت آنفاً - ومن ثم فإن أى كذب في بياناته يعد تدليساً، كما لو ذكر المؤمن له مهنة تختلف عن مهنته الحقيقية التي نقل خطورة عنها، أو ذكر بيانات كاذبة عن تاريخ شراء السيارة المؤمن عليها، أو أخفى نفسه وذكر إسم شخص آخر (٢).

وبهذا يتضح أن الكذب قد يكفى وحده لقيام التدليس، وذلك إذا ما كان موضوع التعاقد فى حاجة إلى الصدق، وذكر الحقيقة، وهذه مسألة موضوعية يستقل بتقديرها قاضى الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فى ذلك.

هذا وتتفق معظم قوانين البلاد العربية مع هذه الأحكام كالقانون المدني السوري، (م ١٢٦)، والقانون المدني العراقي، وكذا قانون العقود السوداني (م ٢٨)، وأيضاً قانون الإلتزامات المغربى (م ٥٢، ٥٣) (٣).

وبلاحظ أن الكذب المألوف أو المعتاد - كما فى إطرء الصانع لصنعتة، ومدح التاجر لسلعته، والذي لا يكفى لتوافر التدليس فى الفقه والقضاء، إنما يشبه إلى حد كبير - الفكرة الإنجليزية للتصوير غير الصحيح Misrepresentation ذلك إن فكرة الكذب المألوف تفترض إستعمال وسائل إحتيالية لتكوين التدليس المدني، كما أن كلمة Misrepresentation لا تعنى أكثر من التصوير أو الإعلان غير الصحيح، وهو لا يؤخذ به قانوناً إلا إذا كان التأكيد الكاذب، أو التصوير الكاذب مكوناً لواقعة إيجابية أو سلوك، وأن يرد فضلاً

(١) محكمة أسيوط الابتدائية الأهلية، ص ٢٩ مارس ١٩٢٨، المحاماة، ص ٩، ص ٥٥٥، رقم ٣٣٧.

(٢) انظر الأحكام الواردة بمقال الأستاذ / إبراهيم أحمد إبراهيم، السابق الإشارة إليه، ص ٢٤.

(٣) راجع فى القانون المدني السوري، د. مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ص ٨٩، وفى القانون المدني العراقي: د. عبد المجيد الحكيم، الموجز فى شرح القانون المدني العراقي، ج ١، ص ١٤٢ ومابعدها، وفى قانون العقود السوداني: التعليق على نص المادة ٢٨ منه، د. فتحى عبد الرحيم عبد الله، العناصر المكونة للعقد كمصدر للإلتزام، ١٩٧٩، ص ٢، وفى قانون الإلتزامات المغربى: د. أحمد حسن البرعى، نظرية الإلتزام فى القانون المغربى، ج ١، ص ١١٢ ومابعدها.

عن ذلك على واقعة بإعتبارها حقيقة وليس مجرد رأى، ويجب أن يقصد به دفع الطرف الآخر للتعاقد، وأن يؤدي إلى ذلك فعلاً، ويظهر صدى ذلك في تعريف القانون السودانى للتدليس بأنه «كل قول أو فعل أو مسلك مخالف للواقع، يقصد به حمل الطرف الآخر على التعاقد»^(١).

(ب) الحيل الفعلية:

إذا كان الخلاف قد وقع فى شأن الأقوال، وهل تكفى بذاتها لتكوين التدليس أم لا بد من وسائل مادية تدعمها؟ فإن الأفعال تختلف عن الأقوال فى هذا الصدد.

ذلك أن الأفعال واضحة الدلالة فى حصولها على المقصود. فكل فعل من شأنه تضليل المتعاقد وإيهامه بغير الحقيقة مما يدفعه إلى التعاقد بعد تدليساً مفسداً للرضا كم لو أعلن بعض الأشخاص عن شركة إعلاناً لا يتفق مع حقيقتها، أو الإعلان عن شركات وهمية وهو ما أطلق عليه البعض تعبير «المشروع الكاذب»^(٢).

هذا المشروع يوجد إذا كان مجرد مشروع وهمى أو خيالى، كما أنه يوجد فى حالة وجود منشأة معينة تكون بعض الأموال المكونة لها مقدمة فى ظروف كاذبة، ولا يلزم فى الأفعال الإحتيالية المكونة للتدليس أن تصل فى درجتها إلى النصب الجنائى، فالحيل الفعلية كالوسائل المادية التى تدعم الكذب لتكون النصب المدنى سواء بسواء، كما أنه لا يشترط فى هذه الوسائل أن تصل إلى درجة النصب الجنائى فكذا لا يشترط فى الحيل الفعلية أن تكون على درجة من الجسامه بحيث تصل إلى جنحة النصب الجنائى. ذلك أن التدليس المدنى أعم وأوسع من التدليس الجنائى - كما سبق القول - سواء كان قولياً أو فعلياً.

وإذا كان القانون يعتد بالكذب وحده إذا كان فى موضع يتطلب ضرورة الصدق، فإنه يعتد كذلك بالفعل، ما دام أنه يهدف إلى تحقيق غرض غير

(١) راجع فى هذه الفكرة : د. فتحى عبد الرحيم، المرجع السابق، ص ١٧٥، فقرة ١١١.

(٢) انظر الأستاذ إدوارد غالى فى مقاله «النصب - المشروع الكاذب» مجلة إدارة قضايا الحكومة،

السنة ١١، العدد ٣٠، ١٩٦٧، ص ٨١٧، رقم ٦.

مشروع، وهى الأفعال التى تقع بطرق إحتيالية، كما لو تظاهر المشتري بالشراء ليحمل البائع على الثقة فيه والظفر بتأجيل ثمن البيع^(١).

وعلى هذا فإن كل فعل يكون مشروعاً كاذباً، هو فعل يؤدي إلى تدليس إذا ما إتصل به إرادة متعاقد آخر، وفي ذلك أصدرت الدائرة الجنائية بمحكمة النقض حكمها فى هذا المعنى بتاريخ ١٨ يناير ١٩٦٥، وتتلخص واقعات الدعوى فى أن محكمة الموضوع قضت بإدانة شخص يدعى (س) مدير شركة ذات مسئولية محدودة، تتولى الشركة عمليات شراء وبيع بعض الأجهزة الكهربائية اللازمة للشئون المنزلية، وكانت الشركة موجودة فعلاً، ولكنها كانت فى حالة توقف عن الدفع، وعلى الرغم من ذلك، فإن المتهم قد إستقبل متعهدي توريد البضائع للشركة فى محل تجارى ملئ بالبضائع الثمينة، بحيث يبدو حسب الظاهر أن الشركة هى مالكة هذه البضائع، فى حين أن الحقيقة كانت على عكس ذلك إذ لم تكن هذه البضائع لدى الشركة سوى على سبيل الأمانة، وقررت محكمة النقض أن سلوك المتهم على هذا النحو قد حمل متعهدي توريد البضائع للشركة على الاعتقاد بوجود مشروع كاذب، وقد تمكن بذلك من الحصول منهم على بضائع للشركة ثم قام ببيعها لمصلحته الخاصة، وأضافت محكمة النقض أن الشركة وإن كان لها وجود حقيقى، إلا أنها تمارس عملياتها بطرق إحتيالية، وهذا الفعل يكون المشروع الكاذب^(٢).

ولهذا ورد فى حيثيات بعض الأحكام أن الفقه والقضاء ذهباً إلى القول بوجود أن تصدر أفعال إيجابية من المدلس حتى يسوغ القول بأنه لجأ إلى الحيل لسلب رضاد من تعاقد معه. وكذلك قالوا أن الكذب أو عدم التصريح بالحقيقة لا يعتبر تدليساً^(٣).

وإذا كان الكذب مجرداً لا يعتبر تدليساً فإن الأفعال على العكس من

(١) د. عبد الناصر العطار، نظرية الإلتزام، المرجع السابق، ص ١٦٣.

(٢) مشار لهذه القضية بتفاصيلها فى مقال الأستاذ / إدوارد غالى، المرجع السابق الإشارة إليه، ص ٨١٧، ٨١٨.

(٣) جاء ذلك فى التعليق على حكم محكمة مصر الكلية الأهلية فى ٣٠ يناير ١٩٣٤، المحاماة - العدد السابع - السنة الخامسة عشر - ص ٥٠٢، رقم ٢٣٥.

ذلك، حيث تعتبر الأفعال الإحتيالية في حد ذاتها تدليلاً موجباً لفساد الرضا^(١)، وهذا ما يتفق مع أحكام الفقه الإسلامي، حيث يعتبر التفرير الفعلي مفسد للرضا بناء على ما قرره الفقهاء المسلمون في هذا الشأن، وهو ما يقابل الحيل الفعلية في القوانين الوضعية كما يقابل التفرير القولي الحيل القولية، وسوف أنصل الكلام فيه في موضع - إن شاء الله تعالى - .

(ج) الكتمان:

يقصد بالكتمان: إمتناع العاقد عمداً عن الإفشاء ببيان يهم العاقد الآخر أن يعرفه^(٢)، وهو بذلك يختلف عن كل من الحيل القولية، والحيل الفعلية، حيث أن نشاط المدلس فيهما إيجابياً، بينما يكون في الكتمان سلبياً، ومع ذلك يتفق الكتمان معهما من حيث المضمون، حيث يمثل كل منهما حيلة يقصد بها تضليل المتعاقد الآخر وإيقاعه في غلط يدفعه إلى التعاقد. ذلك أنه إذا كان لا يوجد إلتزام قانوني يلقي على عاتق الشخص قول الصدق، ومن ثم لا يعتبر الكذب - في بعض الحالات - تدليلاً - كما سبق أنفاً، فإنه أيضاً لا يوجد إلتزام قانوني يوجب الإفصاح عن كل ما يتعلق بالعقد، اللهم إلا واجب أخلاقي يفرضه حسن النية - وعدم الغش - ولذلك فإن التساؤل يثور عن الكتمان المجرد، وهل يكفي لتكوين الحيل التدليسية، أم لا بد من وجود أفعال إيجابية تقوم إلى جانب الكتمان لتكوين الحيل التدليسية؟

للإجابة عن هذا التساؤل نجد أن الأمر يختلف في الكتمان لإعتبارين : أحدهما: أنه لا يوجد واجب قانوني يفرض على الشخص الإدلاء بكل ما يتعلق بالعقد من ملابسات، وإلا كان في هذا حرج شديد، مما قد يؤدي إلى فقد التوازن في المعاملات وما يستتبع ذلك من إختلال لمبدأ إستقلال التعامل.

ثانيهما: أن الحماية القانونية المقررة لتعيب الإرادة بعيب من عيوب الرضا، لم تعد كافية أو فعالة بسبب محاولة المشرع التضيق من شروط الطعن على أساس إبطال العقد، رغبة منه في إستقرار نسبي معين للعقود والمعاملات، وهو ما يلاحظ من تقرير النظرية الحديثة للغلط، والتي تحدد الغلط المسوغ لطلب إبطال العقد

(١) د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، ط ٣، ١٩٧٨، فقرة ٨٠، ص ١٤٠.

(٢) د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص ١٤٢.

على سبيل الحصر، بل أن البعض - في سبيل ذلك - حاول أن يجمع عيوب الإرادة جميعها في عيب واحد هو الإستغلال^(١).

ولزاء هذين الاعتبارين كان الكتمان أقل إيضاحاً من سابقه، لأن الكتمان لو جعل مجزئاً، من الحيل التدليسية، لأدى ذلك - على العكس من قصد المشرع - إلى التوسع في نظرية عيوب الرضا، ومن ناحية أخرى فإن عدم اعتبار الكتمان حيلة في جميع الحالات من شأنه أن يخل بالثقة الواجب توافرها بين المتعاقدين.

على أنه يمكن التوفيق بين هذا التناقض إذا وجد معيار واضح ومحدد يضبط المسألة، هذا المعيار - في نظري - هو ضرورة البيان لمحل التعاقد من عدمه، فالسكوت في موضع يقتضي البيان يعد تدليساً، كما لو باع شخص أرضاً تقرر نزع جزء منها للمنفعة العامة، وكتّم البائع عن المشتري ذلك كان هذا تدليساً، لأن هذا الكتمان غش من البائع، والغش يفسد كل شيء، بخلاف السكوت عمداً عن بيان الحقيقة في موضع لا يقتضي بيانها، فلا يعتبر تدليساً لأن على كل متعاقد أن يتحرى الحقيقة بنفسه^(٢).

وإذا كان هذا المعيار صالحاً لبيان متى يكون الكتمان تدليساً؟ فإن التساؤل يثور عن الأساس الذي يمكن أن يقوم عليه هذا المعيار.

ويمكن اعتبار «الإلتزام قبل التعاقد» بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد أساساً لهذا المعيار، وهو الذي أفرد له البعض بحثاً خاصاً تناول اعتبار هذا الأساس مكتملاً لقصور نظرية عيوب الرضا، وعلى الأخص في حالة الكتمان التدليسي^(٣).

وعن طريق هذا الأساس يمكن حل المشاكل الناجمة عن الكتمان بطريقة سهلة وميسرة، حيث إعتد عليه القضاء في فرنسا لحسم الخلاف الواقع في الفقه في هذا الشأن^(٤).

(١) راجع مقال د. بشرى جندى، مصير نظرية عيوب الرضا في القانون المدنى الإشتراكى، مجلة إدارة قضايا الحكومة - السنة ١٢، العدد ٢، ١٩٦٨، ص ٤٣٧ - ٤٦٦.

(٢) د. عبد الناصر المطار، نظرية الإلتزام، المرجع السابق، ص ١٦٣.

(٣) هذا البحث هو الإلتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد - دراسة فقهية قضائية مقارنة، للدكتور نزيه محمد الصادق المهدي، دار النهضة العربية، ١٩٨٢.

(٤) راجع بالتفصيل خلاف الفقه في فرنسا، البحث السابق الإشارة إليه، د. نزيه المهدي، ص ٤٥ وما بعدها. د. فادية أبو شهبه، الرسالة السابقة، ص ١٩٣ وما بعدها.

واستقر القضاء هناك على اعتبار الكتمان تدليساً، ولو لم نصحبه حيل أو يقترب به كذب في بعض الظروف التي يقوم فيها بين طرفيه واجب بالإفشاء^(١).
على أن الحال في ظل القانون المدني المصري ليس أحسن حظاً منه في القانون الفرنسي، حيث تردد القضاء قديماً بين اعتبار الكتمان تدليساً أو عدم إعتباره، وتناقضت في ذلك أحكام محكمة النقض، حيث قضت بأن «مجرد الكتمان لا يعد تدليساً ما لم يقترب بحيل غير مشروعة»^(٢) معللة قضاءها بأن هذا هو ما يتفق مع نص المادة ١٣٦ من التقنين المدني القديم، والتي تشترط للتدليس أن يكون ما يستعمل لخداع المتعاقد حيلة، وأن تكون الحيلة غير مشروعة، وهي بذلك قد أقامت حكماً بمقتضاء عدم اعتبار الكتمان حيلة، إلا إذا اقترن بنشاط إيجابي من المدلس، وهذا يعني أن موقف المدلس السلبي لا يكفي بذاته لتكوين الحيل التدليسية، هذا وقد سبقها في هذا الحكم محكمة الاستئناف المختلطة حيث ذهبت في حكم واضح لها «بأنه لا يعتبر تدليساً كتمان الدائن المرتهن عن مشتري العقار المرهون أن هناك رهناً آخر على العقار لم يكشف عنه صاحب العقار المرهون»^(٣) ومع هذا فإن محكمة النقض ذاتها ذهبت في حكم متأخر لها عن هذا الحكم إلى بطلان عقد قسمة للتدليس، على إعتبار أن أحد المتقاسمين كان يعلم بدخول جزء من العين في ملكية وقف، ورفع عن هذا الجزء دعوى إستحقاق، ومع ذلك كتمه عن شريكه المتقاسم معه، وعمل على أن يختص بالجزء الخارج عن الإستحقاق، وقد أيدت محكمة النقض هذا الحكم، دون أن تبين ما هية الكتمان الذي يعد تدليساً^(٤).

وإذا كان هذا الاختلاف في أحكام القضاء المصري في ظل التقنين المدني

(١) د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص ١٤٢.

(٢) نقض مدني في ١٩٤٣/٢/٢٥ «الموسوعة الذهبية»، ج ٧، ١٩٨٢، ص ٧١١ رقم ١١٤٣٣.

(٣) استئناف مختلط في ١٩٤٠/١٢/٢٦، مشار إليه في الوسيط للسنة ١٩٤٠، المرجع السابق، ص ٤٢٩، هامش (١).

(٤) حكم محكمة النقض المصرية في ١٩٤٩/١٢/١، الموسوعة الذهبية، المرجع السابق، ص ٧١٣، رقم ١٤٣٩.

القديم فإن المشرع فى القانون المدنى الجديد قد حسم هذا الخلاف حيث نص صراحة على أنه «يعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة» (م ٢/١٢٥). وبهذا النص الصريح من المشرع المصرى يتضح أن كل إخفاء للحقيقة يصلح لأن يعتبر تدليساً بقطع النظر عن الأساليب التدليسية المصاحبة، ما دام ذلك سبباً فى دفع التعاقد إلى التعاقد، وأى كتمان لا يؤدى إلى تدليس هو كتمان لم يستجمع العناصر اللازمة لتكوين التدليس.

على أن حسم المشرع لهذا الخلاف بهذه العبارات يؤدى إلى توسيع نظرية التدليس إلى أقصى حد، حيث أنه يكفى - فى ظل هذا النص - لتوافر التدليس، أن يتعمد المدلس كتمان أمر له إعتباره لدى المدلس عليه، بحيث ما كان ليبرم العقد لو علم بهذا الأمر، وهو بذلك يدخل فى نطاق التدليس كثيراً من صور الغلط، ويبدو ذلك واضحاً فيما لو وقع أحد المتعاقدين فى غلط يعلمه المتعاقد الآخر، ومع ذلك يكتمه عنه، ففى هذا الفرض هل يجوز طلب إبطال العقد للغلط الذى وقع فيه المتعاقد من تلقاء نفسه، أم للتدليس بالكتمان عليه من المتعاقد الآخر؟ إنه فى ظل النص التشريعى القائم يجوز هذا كما يجوز ذاك، ولم يبق فارقاً بين الاثنين سوى أن الأول غلط تلقائى يتولد فى ذهن المتعاقد من تلقاء نفسه، فى حين أن التدليس غلط مستثار، ولذلك كان الأولى بالمشرع أن يزيل هذا اللبس، ويوضح هذا الغموض، ويخصص هذا العموم بعبارة تفيد ذلك، كما لو ذكر أن الكتمان يعد تدليساً إذا انصب على واقعة معينة، من الواجب الإفضاء بها - أياً كان مصدر هذا الوجوب^(١) وبذلك يبقى محتفظاً بالفرقة التقليدية بين الغلط والتدليس بطريق الكتمان. وبهذا التعبير أيضاً يكون سكوت المتعاقد عن الإفصاح عن غلط وقع فيه من تعاقد معه لا يكون تدليساً بالمعنى الدقيق، ولا يجوز للمتعاقد الغالط إلا أن يطلب إبطال العقد للغلط الذى وقع فيه.

(١) انظر نقد الدكتور إسماعيل غامم للمادة ٢/١٢٥، النظرية العامة للإلتزام، ج ١، ط ١٩٦٦،

مكتبة عبد الله وهبة، ص ٢١٤، هامش (١).

وبهذا التعديل في النص التشريعي يمكن الوصول إلى الأساس الذي أقمناه
سنداً لمعيار التفرقة بين الكتمان التدليسي وغير التدليسي، وهو الذي إستقرت به
أحكام القضاء في فرنسا، خاصة إذا علمنا أن الفقه المصري أوجب الإفضاء
بيانات تتعلق بالعقد في بعض الأحيان، بحيث يصبح كتمان بيان منها تدليساً
مفسداً للرضا.

وعلى ذلك فإن الكتمان يعد تدليساً إذا كان في موضع يقتضي البيان،
وهو المعيار الذي إختارناه حاسماً منذ البداية لحل هذه المتناقضات، وهذا ما يشير
إليه غالبية شراح القانون المدني المصري المعاصرين، حيث لم يتردد هؤلاء في
إعتبار الكتمان تدليساً، إذا كان من وقع منه الكتمان ملتزماً بمقتضى القانون أو
حسن النية، أو الإنفاق بتقديم توضيحات معينة متعلقة بموضوع التصرف^(١).

كما أن الفقه المصري الحديث كان صريحاً في الإعتراف بوجود الإلتزام
بالإفضاء بمعلومات معينة إلى المتعاقد قبل العقد، وبأن هذا الإلتزام هو أساس
إعتبار الكتمان تدليساً، وذلك على حد تعبير جانب من الفقه «حين يرد هذا
الكتمان على واقعة جوهرية أو ملازمة هامة، كان يتعين على التعاقد أن يفضي
بها وفقاً لنص من القانون^(٢) أو بند في العقد^(٣) أو لفكرة الأمانة التي يجب أن
تسود في المعاملات^(٤)».

ويحدد البعض الآخر أساس هذا الألتزام بأن مصدره العرف المألوف في
التعامل أو طبيعة العقد ذاتها التي تفترض قدراً كبيراً من الثقة والأمانة بين

(١) د. جميل الشرقاوى، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق،قرة ٣٣، ص ١٣٥.

(٢) مثال ذلك نص المادة ٧٦٤ من القانون المدني المصري الجديد والخاصة بالتأمين على الحياة،
وهي تقابل المادة ٧٣٠ من القانون السوري، ١٦٤ ليبي، ٦٤٣ سوداني (راجع د. فادية أبو

شبهة، الرسالة السابقة، ص ١٩٥، هامش (٢))

(٣) كفاية الأسئلة التي تقدمها شركة التأمين لطالبيه.

(٤) د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص ١٤٣، د. أحمد حشمت أبو سنيت، نظرية

الإلتزام في القانون المدني المصري، ١٩٤٥، قفر: ٢١٧٠، ص ١٢٢، د. سليمان مرقس، الوافي
في شرح القانون المدني، ج ٢، الإلتزامات، المجلد الأول، نظرية العقد والإدارة المنفردة، ط ٤،
١٩٨٧، ققرة ٢٠٧، ص ٣٨٢.

المتعاقدين ليس فقط خلال تنفيذ العقد، بل وعند إبرامه، كما هو الحال في عقود الوكالة وعقود الشركات (١).

يبد أن البعض وضع معياراً عاماً في مصدر هذا الإلتزام يتمثل في القاعدة القانونية العامة، التي تقضى بعدم جواز الغش (٢)، وذلك بأن يستخلص من الظروف أن أمراً هاماً يؤثر في التعاقد إلى درجة كبيرة، ويدرك أحد المتعاقدين خطره ويعرف أن التعاقد الآخر يجهله، ومع ذلك يكتمه عنه، فيحمله ذلك على التعاقد.

وينتهي الفقه المصرى من ذلك إلى أن الشخص الذى يتحمل بمثل هذا الإلتزام قبل إتمام العقد، أياً كان مصدره، إذا سكت وكتّم هذه المعلومات عند إبرام العقد مع علمه بأن التعاقد الآخر لو علم بها لما أقدم على التعاقد، فإن كتمان هذا يعد تدليساً يؤدي إلى إبطال العقد.

وبهذا يتضح أن الكتمان يعد تدليساً إذا أخل أحد المتعاقدين بالإلتزام بالإفشاء بالمعلومات التي نهم التعاقد الآخر، شريطة أن يعلم أن هذا التعاقد الآخر يجهل العلم بهذه المعلومات ولا سبيل له إلى معرفتها بأى طريق، فإن كان ميسوراً له أن يعرف ما كتّمه عنه التعاقد الآخر بأى طريق، فلا يجوز له أن يتمسك بالتدليس، حيث ينبغى على التعاقد أن يتحقق من مصالحه بنفسه، ولا يقصر في معرفتها، وإلا فلا يلومن إلا نفسه.

ويبدو ذلك واضحاً من جملة الشروط التي وضعها الفقه لإعتبار الكتمان تدليساً في الأمر المكتوم، حيث إشتراط فيه أن يكون أمراً خطيراً - وأن يعلمه التعاقد الآخر ويعرف خطره، وأن يتعمد كتّمه عن التعاقد الأول، فإن كتّمه بحسن نية فلا تدليس، وهو الواضح من نص المادة ١/١٢٥ «ويعتبر تدليساً

(١) د. لبيب شنب، دروس في نظرية الإلتزام، المرجع السابق، ص ١٦٢، د. توفيق فرج، مصادر الإلتزام، ص ١٤٤، د. عبد الودود يحيى، مصادر الإلتزام، ص ٨٥، د. الصدة، مصادر الإلتزام، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصرى، ١٩٧٤، دار النهضة العربية.

(٢) د. السنهورى، الوسيط، المرجع السابق، ص ٤٢٧.

السكوت عمداً.....، وأخيراً : أن لا يكون فى إستطاعة المتعاقد الأول معرفته بأى طريق (١).

ويلاحظ أن مصدر الإلتزام بالإفشاء من المسائل الموضوعية التى يستقل بها قاضى الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض فى ذلك، إلا إذا كان هذا المصدر نصاً فى القانون.

ولا يلزم أن يكون المتعاقد المدلس متأكداً من بلوغ الحيل المستعملة - سواء كانت إيجابية أم سلبية - الغاية التى يرمى إليها، إذ يكفى أن يتوقع إمكان بلوغها تلك الغاية ليعتبر مدلساً (٢).

وأخيراً يمكن إجتماع الكذب والكتمان فى واقعة واحدة، وعليه فيجوز إبطال العقد للتدليس بناء على أى منهما وذلك كما لو تعمد أحد المتعاقدين الكذب فى موضع يتطلب ضرورة الصدق، وإستطاع بهذا الكذب أن يكتم على المتعاقد الآخر واقعة جوهرية تؤثر فى التعاقد، مما كان له الأثر فى نفسية المتعاقد الخدوع، فدفعه إلى التعاقد. ففى مثل هذا المثال يجوز طلب إبطال العقد للتدليس، أما للكذب أو للكتمان ، أو بناء عليهما معاً (٣).

ثانياً : العنصر المعنوى للحيل التدليسية :

ما سبق عرضه من الوسائل الإحتيالية ليست سوى المظهر الخارجى أو المادى الملموس، أو هو الصدى الذى يعبر عما يعتمل فى داخل المدلس وفى نفسه، فهو قد فكر ودير، ونصب شبابه حول ضحيته بوسائل خداعه، تحقيقاً لأغراض غير مشروعة تعتمل فى نفسه، ويتغياها ولو على حساب المتعاقد الخدوع، وبهذا تكون نية الخداع والتضليل هى العنصر النفسى والمعنوى الذى يكتمل

(١) د. السنهورى، الوسيط، المرجع السابق ، ص ٤٢٨ / ٤٢٩.

(٢) د. عبد الحى حجازى، النظرية العامة للإلتزام، ج ٢ ، ص ٣٠٧ ، ط ١٩٥٤ ، ونفس المؤلف موجز النظرية العامة للإلتزام، ج ١ ، مصادر الإلتزام، ط ١٩٥٥ ، فقرة ٤٥٥ ، ص ١٣١٦.

(٣) انظر فى هذا المثال المادة ١١٩ من القانون المدنى المصرى الجديد حيث تنص على أنه يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد، وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق إحتيالية ليخفى نقص أهليته .

الإحتيال بتوافره، ويقوم هذا العنصر إلى جانب العنصر المادى بإبراز ما هية التدليس وجوهره، وهما كما ذهب البعض عنصرا التدليس، يتحقق التدليس بتوافرهما، ولا تعيب الإرادة إلا بشروطها^(١).

وبذا يتضح أن الحيل التدليسية بعنصرها - المادى والمعنوى - هي جوهر التدليس ولا يوجد إلا بتوافرهما معاً، وهذا يعنى أن التدليس يحتاج إلى نية التضليل أو قصد الخداع لدى المدلس الذى إستعمل الطرق الإحتيالية، وتتوافر هذه النية إذا كان الشخص قد إستعمل هذه الطرق بقصد إيهام المتعاقد الآخر بغير الحقيقة، أى بقصد إيقاعه فى غلط وحمله على التعاقد بناء على ذلك، ويتحقق هذه الحيل ترتسم صورة المدلس القبيحة، ويلتزم بتعويض إذا ما توافرت شروطه، بإعتبار أن هذه الحيل من قبيل الأعمال غير المشروعة.

ومعنى هذا أن التدليس لا يوجد إذا إنعدمت نية التضليل لدى المدلس، فالتاجر الذى يبرز ما يعرضه فى أحسن صورة، وهو لا يقصد التضليل، بل يريد إستهواء الناس لا يعتبر مدلساً، وكذلك المبالغة فى قيمة الشئ المؤمن عليه، إذا كان هذا ناشئاً عن سوء تقدير، لا عن نية الإضرار بالشركة والحصول منها على فائدة غير مشروعة لا يعتبر تدليساً، وأيضاً من يخفى عن شركة التأمين وقائع تؤثر فى مقدار التبعة، إذا كان جاهلاً بهذه الوقائع، ففى هذه الأمثلة ونحوها لا يتوافر العنصر المعنوى للحيل التدليسية، وبالتالي لا يقوم التدليس لمجرد إستعمال وسائل إحتيالية مادية، ولحكممة الموضوع إستخلاص توافر سوء النية من عدمه، إلا أنها تخضع فى ذلك لرقابة محكمة النقض، حيث أن شرط التدليس المفسد للرضا هو إستعمال حيلة غير مشروعة، وكلا الركنين يبنى عن العمد وسوء النية، ولحكممة النقض حق مراقبة تكييف هذين الركنين^(٢).

- (١) د. لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٦٠ بند ١١٩، د. جميل الشرقاوى، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص ١٣٤ وما بعدها، د. عبد المنعم البدرأوى، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص ٢٦٩ وما بعدها، د. توفيق فرج، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص ١٤٣.
- (٢) د. السنهورى، الوسيط، المرجع السابق، ص ٤٣٠، د. عبد الناصر العطار، نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص ١٦٤، مقال الأستاذ إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢٦، د. عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، ص ١٤٦، وراجع نقض مدنى فى ١٩٣٦/٢/٢٠ طعن رقم ٤٧ لسنة ٥ (ق) الموسوعة الذهبية، المرجع السابق، ص ٧٠٩، رقم ١٤٢٨.

ومفاد ما سبق أن العنصر المعنوي شرط لقيام التدليس المعيب للرضا في جانب المدلس^(١)، بيد أن نية التضليل لا تكفي وحدها لقيام هذا العنصر المعنوي - بل يجب أن يكون قصد من ضلل، هو الوصول إلى غرض غير مشروع، فإذا ما استعمل المدلس الوسائل الإحتيالية قاصداً نية التضليل للوصول إلى غرض مشروع، فإن ذلك لا يعد تدليساً كما لو استعمل المودع طرقاً إحتيالية للحصول من المودع عنده - وقد تبين له أنه غير أمين - على إقرار بالوديعة. فإن ذلك لا يعد تدليساً مفسداً للرضا. وأيضاً لو كان لشخص على آخر دين، ولكن ليس لديه بينة، فاستعمل الدائن كل الحيل الممكنة للحصول منه على إقرار بالدين، فإن ذلك لا يعد تدليساً، ولا يستطيع المدين في هذه الحالة أن يرجع عن إقراره الذي أعطاه بالرغم من استعمال الحيل - من جانب الدائن - للحصول على هذا الإقرار، وذلك لأن الغرض الذي قصد المدلس الوصول إليه كان مشروعاً ألا وهو الوصول إلى حقه، ويعد هذا تطبيقاً للمبدأ الروماني القديم القائل : «أن من أخذ بحقه لا ينسب له تدليس»^(٢).

وغنى عن البيان أن استعمال المدلس الوسائل الإحتيالية بقصد خداع الآخرين للوصول إلى أغراض غير مشروعة، يكفي لتوافر التدليس وحتى ولو لم يصل بذلك إلى أهدافه ومراميه، إذ لا يلزم أن يكون المدلس متأكداً من بلوغ

(١) قارن عكس ذلك د. عبد الحق حجازي، حيث ذكر أنه «ليس بلازم أن تتكون عند المتعاقد المدلس نية الاضرار حتى يتحقق التدليس» (المنظرة العامة للالتزام، ج ٢، مصادر الالتزام، طبعة ١٩٥٤، ص ٣٧، وللمؤلف نفسه، موجز النظرية العامة للالتزام، ج ١ مصادر الالتزام، طبعة ١٩٥٥، ص ٣١٦، فقرة ٤٥٥).

(٢) أنظر في ذلك د. الستهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص ٤٣٠، د. سليمان مرقص الوافي في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص ٣٨٤، د. عبد الفتاح عبد الباقي، دروس في مصادر الالتزام، نظرية العقد، ١٩٦٩، فقرة ٩٨، ص ١٩٠ وما بعدها، قارن عكس ذلك د. عبد الحى حجازي، حيث ذكر أيضاً أنه «لا يعول على طبيعة البواعث التي حدثت إلى القيام بالطرق الإحتيالية، فالتدليس بقصد الخير يعتبر كذلك تدليساً» (المراجع المشار إليها في الهامش السابق). وقارن هذه الأفكار، بالمبدأ الروماني المذكور بالمتن، راجع فيه، د. صوفى أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والإجماعية، دار النهضة العربية، ١٩٧٥، ص ٤٤٣.

الحل المستعملة الغاية التي يرمى إليها، بل يكفي أن يتوقع إمكان بلوغها تلك الغاية - كما سبق القول.

على أن إنتقاء قصد التضليل للوصول إلى أغراض غير مشروعة لدى المدلس لا يعنى أن العقد غير قابل للإبطال، إذ يجوز للمتعاقد المخدوع طلب بطلان العقد إذا وقع في غلط بناء على الحيل التدليسية المستعملة، ويكون ذلك للغلط لا للتدليس - إذا توافرت شروطه :

المطلب الثالث

الحيل بطريق الصورية

إذا كان الوضع في الحيل التدليسية هو إنفراد أحد المتعاقدين في التصرف القانوني، أو الغير بمباشرة وسائل إحتيالية - إيجابية كانت أو سلبية - لإيهام المتعاقد الآخر بغير الحقيقة، مما يوقعه في غلط ويدفعه إلى التعاقد، فإن الأمر في الصورية يختلف عنه في الحيل التدليسية ذلك أن الصورية لا ينفرد بها أحد المتعاقدين أو شخص من الغير ضد المتعاقد الآخر، وإنما تأتي الصورية نتيجة إتفاق طرفي التصرف القانوني معاً على إخفاء الحقيقة تحت ستار مظهر قانوني كاذب، ومن هنا كانت الصورية «إصطناع مظهر كاذب في تكوين تصرف قانوني»^(١).

وعلى ذلك فإن الصورية تتضمن - مهما كان الشكل الذي تتخذه - وجود إتفاق خفي يزدوج بالإتفاق الظاهر ليعدم أو يغير أو ينقل آثاره، فقد يتفق طرفي التصرف على أمر ظاهره الجدد، وهما يضمنان غيره لغرض معروف لهما، يخفيانه عن الناس بتصرف آخر، يسترانه بينهما فيكون لهما موقفان، موقف ظاهر، وموقف مستتر، ومن هنا وجد التصرف الظاهر، وهو التصرف الصوري، ووجد التصرف المستتر، وهو التصرف الحقيقي، وتسميه المحاكم عادة بورقة الضد " Contre - Lettre " .

(١) راجع د. محمود جمال الدين زكى في رسالته ، « حسن النية في كسب الحقوق » فقرة

وتعتبر الصورية إحدى الصور البارزة للحيل، وقد تناولها القانون بالتنظيم، حيث ذكر لها نصوصاً خاصة تنظمها^(١) وكان المشرع فى تناولها مجافياً للصواب، حيث فتح الباب على مصراعيه أمام الأفراد لإستخدام الصورية ضد محظورات القانون ونواحيه وكان ذلك واضحاً فى إقراره لها، والحث عليها^(٢). فضلاً عن إعتداد المشرع مرة بالعقد الظاهر - ومرة بالعقد الحقيقى.

وإن كنت أرى أن تناول المشرع للصورية يوسع من مجال إستخدامها من قبل الأفراد، حيث اعتبر العقد الظاهر، أو التصرف الظاهر هو المعول عليه بالنسبة للغير، والعقد المستتر أو التصرف الجاد هو المعول عليه بالنسبة لأطراف التصرف، وبالتالى يشجع على إستخدام الصورية، بحيث يستطيع المدين أن يتوقى الحجز على أمواله من قبل الدائنين بتصرف غاية فى البساطة إذ يستطيع أن ينقل أمواله إلى من يثق فيه بطريق البيع، ويكتبان سنداً سرياً، بأن البيع لا حقيقة له، وهنا يظهر المدين أمام الغير بأنه مفلس « لا مال له » أو أن ماله لا يفى بسداد ديونه، ولا يستطيع الدائنون أن يطلوا تصرفات هذا المدين إلا بإثبات صورية يبعه إلى الغير، وأن هذا البيع لا حقيقة له. وأن المال مازال على ملك المدين.

وإذا كانت الصورية بالنسبة للغير واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات^(٣) مما يعنى سهولة إثبات الصورية فى مثل هذه الحالات، إلا أن الواقع يشهد بعكس ذلك حيث يكون المتصرف صورياً على درجة من الذكاء أو الدهاء، مما يجعله يحتاط لنفسه بوسائل خفية، تفشل معها محاولات الآخرين فى إثباتها.

- (١) تناول المشرع الصورية فى المادتين ٢٤٤، ٢٤٥ من القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨. حيث تنص المادة ٢٤٤ على ما يأتى : ١ - إذا أبرم عقد صورى، فلدائى المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسنى النية أن يتمسكوا بالعقد الصورى، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر، ويثبتوا بجميع الوسائل الصورية للعقد الذى أضر بهم. ٢ - وإذا تعارضت مصالح ذوى الشأن فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر، وتمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين.
- (٢) أقر المشرع المصرى الأخذ بالصورية، ومن أبرز الأمثلة على ذلك نص المادة ١/٤٨٨ حيث تقضى بأن « تكون الهبة بورقة رسمية، ولا وقعت باطلة، ما لم تتم تحت ستار عقد آخر ».
- (٣) د. أحمد سلامة، أحكام الإلتزام، فقرة ٥٩، ص ٨٦، د. أحمد مرزوق، نظرية الصورية فى التشريع المصرى، رسالة دكتوراه، القاهرة، ١٩٥٧، فقرة ٩٩، ص ١٤٦.

هذا كله والمدين في أمن وأمان من ترجمة هذا البيع إلى واقع وحقيقة، حيث حرر سنداً ضد المشتري الذي أقر فيه بأن هذا البيع لا حقيقة له. ومن هنا كانت الفجوة التي أحدثها المشرع عندما نص على الصورية، فبينما يستطيع المدين - في المثال السابق - أن يغنم من وراء تمسكه بالعقد الحقيقي في مواجهة المتعاقدين الآخرين (م ٢٤٥) مجده لا يفرم بالنسبة للعقد الظاهر، بل على العكس، لا يستطيع الدائنون تحقيق الغرم بالنسبة للمدين إلا إذا أثبتوا صورية تصرفه هذا، وهو في غالب الأحيان لا يتحقق.

وهكذا نجد المشرع في إعتداده بالعقد الظاهر بالنسبة للغير، وبالعقد المستتر بالنسبة لأطراف التصرف يشجع على توسيع نطاق التصرفات الصورية.

ولو أن المشرع أراد حسم مادة الصورية - خاصة التدليسية منها - لاعتد أساساً بالعقد الظاهر في كل الأحوال، سواء كان ذلك في مواجهة الغير، أم بالنسبة لأطراف التصرف، وهو ما يعنى عدم إعتداده أصلاً بورقة الضد، وإنما العبرة بالعقد الظاهر، فهو النافذ بالنسبة للغير، وأيضاً النافذ في مواجهة المتعاقدين، وأنى لعلى قناعة بأن المشرع لو جعل العبرة بالعقد الظاهر بالنسبة لأطراف التصرف، لتردد المتصرف صورياً أكثر من مرة في إبرام مثل هذا التصرف الصوري، حيث يخشى تمسك المتصرف إليه بالعقد الظاهر، إذا ما ارتأى له أن يخون الثقة التي حولها له المتصرف، وعند ذلك لا يلومن إلا نفسه، حيث لا يجوز له حينئذ أن يتمسك بالعقد المستتر، لأنه حينئذ لا اعتبار له، بل ولا يستطيع أن يظهره لأنه عديم الفائدة لاجدوى من ظهوره.

إذن أعود إلى نقطة البداية. فبدلاً من إعتبار المشرع العقد الظاهر، أو التصرف الظاهر هو المعول عليه بالنسبة للغير، والعقد المستتر أو التصرف الحقيقي هو المعول عليه بالنسبة لأطراف التصرف، كان عليه أن يدرك خطورة ذلك، ويجعل الإعتداد بالعقد الظاهر في كل الأحوال.

ولعل في هذا الاقتراح ما يساعد على إستقرار التعامل، ويقوى الثقة في المعاملات خاصة أصحاب النوايا الحسنة، وإلا فما ذنب حسن النية الذي

يتعامل مع الآخرين على أنهم في الحقيقة مالكي ما يتصرفون فيه، وإذا به يفاجئ بأن هذا الغير الذي يتصرف معه إنما يتصرف فيما لا يملك، حيث تملكه بطريق الصورية، وما العقد الذي أبرمه واكتسب به ملكية هذه الأشياء المتصرف فيها إلا عقداً صورياً، فما موقف حسن النية هذا من مثل هذا التصرف !!؟

أرى أن يتدخل المشرع وبقوة لتعديل هذه النصوص بما يتمشى مع الوضع الظاهر الذي على أساسه يتعامل الناس، حتى لا تكون هناك مفاجآت تنتظر المتعاقدين، عندها تنعدم الثقة، ويختل ميزان التعامل بين الناس، ويشهد لهذا الاقتراح جملة من أحكام القضاء في مصر وفرنسا، حيث ذهب بعض أحكام القضاء الفرنسي إلى جعل العقد الصوري هو الذي يسرى بين المتعاقدين على سبيل العقاب^(١).

وهو نفس الحكم الذي أخذت به محكمة النقض المصرية حيث جعلت عبء الإثبات في الصورية على من يدعيها، وقررت الأخذ بظاهر نصوص العقد في حالة العجز عن إثبات الصورية، واعتبرت هذا العقد الظاهر حجة على المدعى لا حجة له^(٢).

ولا أقول ذلك من فراغ، حيث أضحت الصورية خطراً يهدد الثقة في التعامل، بحيث أصبحت كلمة الصورية تترادف كلمة الغش (Frude) مما دعا الفقيه فريير (Ferie) أحد فقهاء القانون الفرنسي القديم أن يصف الصورية بقوله «إنها طريق ملتو يلجأ إليه المتعاقدان ليأخذوا بالشمال ما أعطوه باليمين.... وبالجملة فإن الصورية تحاك بمهارة للخداع والغش، ولا يلجأ إليها إلا كل مخاتل كذاب»^(٣).

(١) د. إسماعيل غانم، النظرية العامة للإلتزام، ج ٢، ص ٢٠٠ هامش (٢).

(٢) نقض مدني في ١٩٨٠/٥/٢٨، مجموعة أحكام النقض، ص ٣١، ج ٢، ص ١٥٣١، رقم ٨٨ (طعن رقم ٦٨٥ لسنة ٤٥ ق).

(٣) مشار إليه في رسالة د. أحمد مرزوق، نظرية الصورية في التشريع المصري، فقرة ٢٣، ص ٣٥.

بل لقد وصلت خطورة الصورية على التعامل إلى الحد الذي دعا أحد الفقهاء في مصر إلى القول بضرورة تدخل المشرع لتجريم الصورية التدلّيسية، والتي قصد بها الخداع والغش، معللاً ذلك بأنها تتفق مع التزوير، والنصب، وخيانة الأمانة فكما أن التزوير يعاقب عليه القانون إذا توافر فيه تغيير الحقيقة، والعمد، وحصول الضرر أو احتمال حصوله فإن الصورية كذلك قد تستجمع هذه الشروط، وينتهي إلى القول بأن الصورية والتزوير من فصيلة واحدة ومثلتهما في ذلك الشهادة الزور^(١).

ولعل هذا القول - وسابقه - يوضح لنا مدى خطورة الصورية على التعامل، ومع ذلك لو تدخل المشرع بتجريمها فإن اللجوء إليها سيقل كثيراً عما هو شائع اليوم - خاصة بعد إنتشاره بصورة تنذر بالخطر، وكذلك أيضاً لو جعل المشرع العبرة في جميع الأحوال بالعقد الظاهر، وهذا ما اقترح تعديله بخصوص نص المادة ٢٤٥ ، مدني.

شروط تحقق الصورية :

لا بد لتحقيق الصورية من توافر الشروط الآتية :

١ - أن يوجد موقفان اتحد فيهما الطرفان والموضوع، بمعنى أنه لا بد من وجود عقدين^(٢)، أحدهما : ظاهر والآخر مستتر ، وكذا إذا كان محل التصرف، تصرفاً إنفرادياً كالإبراء من دين، أو التنازل عن حق عيني، فلا بد من وجود موقفين للمتصرف، أحدهما ظاهر يخفي تصرفاً آخر حقيقى، كما لو تنازل المدين عن حق عيني تنازلاً صورياً حتى يتفادى إمكانية التنفيذ عليه من قبل الدائنين.

ولا بد أن يتحد الطرفان في العقدين، فإن اختلفا ، أو اختلف أحدهما فإن الصورية لا تتحقق لأنه لا يوجد عقدان يستر أحدهما الآخر، وإنما يوجد عقدان

(١) الأستاذ عزيز خانكي المحامى فى مقالة « الصورية ووجوب اعتبارها جريمة » مجلة القانون والإقتصاد ، السنة ٧ ، ص ٤٢٧ .

(٢) عبرت عن التصرفات الصورية بالعقد حرياً على الغالب فى الصورية، وإلا فإنها تصلح بتصرف إنفرادى - كما سبق - .

يستقل كل منهما عن الآخر، وهذا بديهي لأن التصرف الحقيقي من شأنه إلغاء أو تعديل التصرف الظاهر، ولا يتصور إلغاء للتصرف أو تعديله إلا من قبل طرفيه، وهذه نتيجة منطقية لمبدأ نسبية آثار التصرفات.

بيد أنه لا يشترط إتحاد المتعاقدين في العقدين شخصياً، وإنما يكفي اتحادهما إتحاداً قانونياً، فيجوز أن يحرر العقد الظاهر المتعاقدان، ويحرر العقد المستر وكيلا عنهما، أو العكس، أو وكيل أحدهما مع المتعاقد الآخر، لأن تصرفات الوكيل تنصرف قانوناً إلى الأصيل «الموكل»، كما يجوز أن يحرر العقد الظاهر المتعاقدان في حين يحرر العقد المستر ورثة المتعاقدين، باعتبارهم الممثلين القانونيين لمورثيهم^(١).

يضاف إلى ذلك أيضاً، إتحاد الموضوع في كل من الموقعين، فلو كان نقل ملكية مثلاً في العقد الظاهر، فلا بد أن يكون كذلك في العقد المستر، إما بالغائه كلية أو التعديل فيه، وكذا لو كان إجارة. فإن كان العقد الحقيقي يتضمن رفع العقد الظاهر كلية فإنه يشترط فيه أن لا يتضمن إضافة لموضوع جديد، وإلا لم تتحقق الصورية حيث أنها تقوم أساساً على تعارض العقدين معاً إما كلياً أو جزئياً، ولا معنى للتعارض إذا تضمن كلا منهما موضوعاً يختلف عن موضوع الآخر، فمن غير المتصور أن عقد زواج مثلاً يلغى عقد إيجار أو بيع، ومن هنا كانت الحكمة في إتحاد الموضوع في كل من العقد الظاهر والعقد المستر، فضلاً عن إتحاد العاقدين أو الطرفين فيهما^(٢).

(١) د. أحمد مرزوق، المرجع السابق، فقرة ١٠٧، ص ١٥٢، ١٥٣.

(٢) وبناء عليه لا تتحقق الصورية في نص المادة ٤٢٥ من التقنين الجديد والتي يستفاد منها أنه لو بيع عقار مملوك لشخص ناقص الأهلية، وكان في البيع غبن يزيد على الخمس، ثم اتفق الطرفان المتعاقدان في عقد آخر مستر على زيادة الثمن إلى أربعة أضعاف القيمة، حتى يتجنب المشتري رفع دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن الفاحش، فإن العقد الثاني لا يعتبر ورقة ضد، ذلك لأن موضوع الالتزام في العقدين مختلف، ولا تعارض بينهما، ويمكن تنفيذهما معاً، فإن موضوع الالتزام في العقد الظاهر هو إلتزام البائع بنقل الملكية، والالتزام المشتري بدفع الثمن، بيد أن موضوع الالتزام في العقد الثاني المستر هو إلتزام البائع بعدم رفع دعوى تكملة الثمن. وهو التزام بالإمتناع عن عمل.

٢ - أن يختلف التصرفان من حيث الماهية أو الأركان أو الشروط الجوهرية، لأنه من المعلوم أن التصرف الظاهر غير مراد لطرفيه، وإنما المراد هو التصرف الحقيقي المستتر، ومن ثم فلا بد من وجود اختلاف بينهما، فإن كان التالي منهما لا يختلف كلياً أو جزئياً - عن الأول، كان الثاني منهما مؤكداً للأول، ولذلك فإن الصورية تتطلب لوجودها، اختلاف بين العقدين.

وقد يتناول هذا الاختلاف وجود العقد الظاهر كله، أو ماهيته، أو ركناً من أركانه الأساسية، أو شرطاً من شروطه الجوهرية، ويتمثل هذا الاختلاف في وجود العقد الظاهر كله فيما لو كان بيعاً مثلاً، واشتملت ورقة الضد - العقد الحقيقي - على أن المبيع يظل على رأس البائع - أى على ملك البائع - ولا تنتقل ملكيته إلى المشتري وأن العقد الظاهر ماهو إلا صوري، وذلك كله دون إضافة موضوع آخر، وإلا لما صح القول بوجود الصورية - كما سبق القول - ومن أمثلة الاختلاف في الماهية، أن يكون العقد الظاهر بيعاً في حين تشتمل ورقة الضد على عقد هبة، تهرباً من إتباع الإجراءات الشكلية التي يتطلبها القانون للهبة، ومن أمثلة الاختلاف في ركن من أركان العقد الأساسية ما لو حرر المتعاقدان عقد بيع عقارات منقولة ظاهراً، واتفقا في المحرر المستتر على أن محل العقد عقارات ثابتة، حيث يختلف ركن العقد فيهما، من عقارات إلى منقولات، وغالباً ما يتم ذلك بسبب تفاذى إجراءات الشهر الخاصة، بالعقارات. ومنه أيضاً ما لو ذكر في سبب الدين في العقد الظاهر بأنه قرض بينما هو في الحقيقة لإقامة علاقة غير مشروعة، فهنا أيضاً اختلف السبب في كل من العقد الظاهر والعقد المستتر، ومثال اختلاف العقدين في شرط من الشروط الجوهرية، أن يعقد الطرفان عقد بيع ويسترانه بعقد هبة تحت تأثير تدليس من المشتري، حيث تعاب إرادة البائع في العقد الظاهر.

وعلى ذلك فإن ضرورة الاختلاف بين العقدين يجعل منهما ضدان لا يجتمعان، بمعنى أنه يستحيل تنفيذهما معاً، فإن أمكن تنفيذ العقدين معاً فلا يوجد اختلاف بينهما ولا يعتبر التصرف الحقيقي ورقة ضد، كما لا يعتبر التصرف الظاهر تصرفاً صورياً وإنما هما تصرفان جديان أمكن تنفيذهما معاً،

وذلك كما لو نوه في عقد البيع الظاهر أن الثمن المبين فيه يقل عن الثمن الحقيقي، وأن الفرق بين الثمنين تحررت به سندات أذنية دون أن يذكر قيمة هذه السندات، فإن هذه السندات لا تعتبر ورقة ضد، لأن شرط الصورية هو إخفاء العقد الحقيقي وبقاؤه سراً بين المتعاقدين، فانتفت حكمة مفاجأة الغير وغشه وجهله بالعقد الحقيقي، فليس هناك عقد ظاهر، وعقد سرى يختلف كل منهما عن الآخر، بل إن العقد المستتر يعتبر مكملًا للعقد الأول.

هذا وقد أجمع الفقه والقضاء^(١)، على أن إختلاف العقدين في الباعث النفسى الدافع إلى التعاقد، لا يتحقق معه الصورية، إذ من المبادئ القانونية المقررة أن الباعث على التعاقد ليس ركناً من أركان العقد أو شرطاً من شروطه الجوهرية، بل هو أمر نفسى خارج عن العقد، يتغير بتغير البواعث.

٣ - أن يكون التصرفان متعاصرين، فيصدران معاً في وقت واحد، لأنهما عمليتان لا تتجزآن في نية المتعاقدين، فلا بد أن يكونا متعاصرين، يتمان في آن واحد، بحيث تكون الظاهرة منهما صورية، والمستترة حقيقية في شأنها أن تجعل الظاهرة عديمة الأثر كلياً أو جزئياً على نحو ما هو مبين في الشرط الثانى.

ولا تشترط المعاصرة المادية - بمعنى صدور أحدهما تلو الأول مباشرة - وإنما تكفى المعاصرة الذهنية، أى تلك المعاصرة التى دارت فى ذهن كل من المتعاقدين وانعقدت عليها نيتهما وقت صدور التصرف الظاهر، وإن كان تاريخ التصرف المستتر بعد ذلك، فالمعاصرة الذهنية هى الواجبة لتحقيق الصورية، بخلاف المعاصرة المادية فليست بشرط لوجود الصورية، وإن كانت العادة قد جرت على أن يكون بين تحرير العقدين معاصرة مادية، فاتخاذ التاريخ دليل على المعاصرة الذهنية،

(١) د. أحمد مرزوق، المرجع السابق، فقرة ٩٦، ص ١٤١، وانظر نقض مدنى فى ١٩٤٩/١٢/١ مجموعة أحكام النقض المدنى رقم ١٣، ص ٤٨ (طعن رقم ٢٠٥ لسنة ١٧ ق).

وصورية العقد الظاهر، ولكن اختلاف التاريخ ليس دليلاً قاطعاً على جدية العقد الظاهر وهذا ما استقر عليه الفقه والقضاء^(١).

٤ - أن يكون أحدهما ظاهراً علنياً، وهو العقد الصوري، ويكون الآخر مستراً سرياً وهو العقد الحقيقي، بمعنى أن يكون غرض طرفي التصرف من إبرام التصرف الظاهر مع التصرف الحقيقي المستتر هو أن يكون التصرف الظاهر ستاراً يخفيان به عن الغير حقيقة ماتعاقدا عليه، مما يجعل العقد الظاهر معدوماً لا أثر له قانوناً، لأن المتعاقدين لم يقصدها، وليس هناك إلا إيجاب وقبول لا مرجع لهما من رضائهما، ولم يقصداً منه إلا أن يكون قناعاً للعقد الحقيقي المستتر، لإخفاء الحقيقة عن الغير، وهذه هي الرابطة التي تربط العقد الصوري بالعقد الحقيقي، وتجعل بينهما عقداً واحداً لا يتجزأ.

وبناء عليه لو نوه في العقد الظاهر على العقد المستتر لما كنا أمام صورية إذ يوجد عقدان كل منهما يكمل الآخر، حيث أن العقد الظاهر حيث لم يستتر عقداً آخر، وإنما أشار إليه، وأيضاً لو كان العقد المستتر الحقيقي ظاهراً أمام الكافة فلا تتحقق الصورية حيث لا خفاء، ولا إيهام أو تضليل.

أنواع الصورية :

استقر الفقه المصري على تقسيم الصورية إلى نوعين ، صورية مطلقة، وصورية نسبية، وتبعته في ذلك محكمة النقض حيث قضت بأن « الصورية المطلقة هي تلك التي تتناول وجود العقد ذاته، فيكون العقد الظاهر لا وجود له في الحقيقة، أما الصورية النسبية فهي التي لا تتناول وجود العقد الظاهر، وإنما تتناول نوع العقد أو ركناً فيه أو شرطاً من شروطه، أو شخص المتعاقدين^(٢) .

(١) د. السنهوري، الوسيط ، ج ٢ ، المرجع السابق ، فقرة ٦١٤ ، ص ١٠٧٧ ، هامش (١) ، وانظر نقض مدني في ١٥ ديسمبر ١٩٤٩ ، مجموعة أحكام النقض ، ص ٢١ ، رقم ٣٠ ، ص ١٠٢ (القضية رقم ٥٠ سنة ١٨ ق).

(٢) حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٣٧٧ سنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٨/٥/٢٥ ، الموسوعة الدعية، ج ٧ ، رقم ٥١٠ ، ص ٢٢٥ .

وبهذا يتضح أن الصورية أما أن تتناول إعدام العقد الظاهر، بحيث تجعله غير قائم، ولا أثر له في نية المتعاقدين، وأما في شرط من شروطه، ويطلق الفقه والقضاء على النوع الأول لفظ «الصورية المطلقة»، وعلى النوع الثاني «الصورية النسبية».

ويبدو أن لفظ «مطلق» و«نسبي» من الألفاظ التي جرت عادة فقهاء القانون على استخدامها في كل موطن يكون فيه إعدام قاعدة أو التغيير فيها، مثلها في ذلك مثل البطلان المطلق، والبطلان النسبي، حيث يراد بالأول إبطال الشيء الوارد عليه إبطالا تاماً، ويراد بالثاني إمكانية الإبطال عند التمسك به.

ولقد بحثت عن معنى للفظ «مطلق» لغوياً فلم أجده^(١)، كما أن الإطلاق يقابله التقييد عادة، وبهذا فإن استعمال لفظي مطلق ونسبي في موضع واحد لا يؤدي إلى إنسجامهما، وبالتالي فإن التعبير عن الصورية التي تعدم العقد الظاهر كلية بلفظ «صورية مطلقة» وكذا التعبير عن الصورية التي لاتعدم العقد الظاهر كلية، وإنما تغير من أجزائه بلفظ «صورية نسبية» كلاهما غير دقيق من الناحية اللغوية، فكما ذكرت لا معنى لكلمة مطلق في أصل اللغة، كما أن العرف والعادة جرت على أن التقييد يقابل الإطلاق.

كما أن ماذهب إليه البعض^(٢) من إطلاق لفظ «الأصلية» بدلاً من «الصورية المطلقة» فيقال «الصورية الأصلية» باعتبار أن الأصل هو ما يستند وجود الشيء عليه، والصورية تستند في وجودها على ورقة الضد، بالإضافة إلى أن كلمة أصلية تتفق مع مايسمى بالصورية النسبية، لأن النسب إنما يكون إلى الأصل كنسب الابن إلى أبيه، إلا أن هذا الإطلاق - صورية أصلية، وصورية نسبية - بدوره غير دقيق، فكيف توصف الصورية بأنها أصلية، ويراد بها إعدام العقد الظاهر كلية !!! إن هذا الإطلاق غير منسجم مع هذا المعنى بالإضافة إلى أن إطلاق لفظي «أصل» و«نسب» من الألفاظ

(١) بالرجوع إلى القاموس المحيط والمصباح المنير لم أجده معنى لكلمة «مطلق».

(٢) د. رأفت حماد، الصورية في القانون المدني المصري بين النظرية والتطبيق، ١٩٨٧،

التي يكثّر إستخدامها فى مجال أحوال الأسرة كقواعد الزواج، والطلاق، والميراث ... وغيرها.

وأرى أن إطلاق لفظ « كلى » و « جزئى » من أنسب الألفاظ التي تتمشى مع نوعى الصورية فيقال « صورية كلية » ويراد بها تلك الصورية التي انصبت على وجود العقد الظاهر ذاته فجعلته معدوماً، كما يقال « صورية جزئية » وهى التي تعدم جزءاً فقط من أجزاء العقد الظاهر، أو تناوله بالتغيير. هذا فضلاً عن أن لفظى كلى وجزئى لهما معنى واضح فى أصل اللغة، وعلى هذا فإن الأولى إطلاق لفظ الصورية الكلية بدلاً من الصورية المطلقة، وأيضاً الصورية الجزئية بدلاً من الصورية النسبية، ويجرى ذلك فى كل موضع يكون فيه هذا التقسيم كالبطالان المطلق، والبطالان النسبى.

الصورية المطلقة « الكلية » :

هى تلك التي تناول وجود العقد ذاته، فيكون العقد الظاهر لا وجود له فى الحقيقة ولا تتضمن الورقة المستترة « عقد الضد » عقد آخر حقيقياً يختلف عن العقد الظاهر، بل تقتصر هذه الورقة على تقرير أن العقد الظاهر إنما هو عقد صورى لا وجود له فالتصرف الخفى يعدم كلية التصرف الظاهر، الذى يكون على هذا الوجه، مجرد مظهر كاذب لتصرف ليس له فى الحقيقة وجود، كأن يعمد المدين - ليأمن التنفيذ الجبرى على عقاره - إلى بيعه صورياً لقريب له، ويعترف له هذا المشتري الصورى فى ذات الوقت، فى ورقة أخرى تبقى خفية، بأن السبع لا حقيقة له، وأن ملكية العقار باقية للبائع الصورى (١).

الصورية النسبية « الجزئية » :

إذا كان الوضع فى الصورية المطلقة هو عدم وجود أية علاقة بين المتعاقدين فى حقيقة الأمر، فإن الصورية النسبية تختلف عنها ، حيث توجد علاقة قانونية حقيقية بين المتعاقدين، يقوم التصرف الصورى بإخفاء جانب

(١) د. السنهورى، الوسيط، المرجع السابق، فقرة ٦١٠، ص ١٠٧٤.

منها، وهذا الجانب يتناول أما طبيعة العلاقة وهذه هي الصورية بطريق
«التستر» وإما أن يتناول بعض شروطها وأركانها، وهذه هي الصورية بطريق
«المضادة» وأما أن يتناول شخصية أطرافها، وهذه هي الصورية بطريق
«التسخير»^(١).

وعلى هذا فإن للصورية النسبية عدة صور :

١ - الصورية بطريق التستر : وهي التي تتناول نوع العقد لا وجوده -
كما في الصورية المطلقة - مثال ذلك أن يصدر المتعاقدان هبة في صورة بيع،
فالعقد الظاهر هو البيع، وهو عقد صوري، والعقد المستتر هو الهبة، وهو العقد
الحقيقي، ويكون الغرض عادة في مثل هذه الحالة هو الهروب من رسمية العقد
فيما لو ظهرت الهبة في ثوبها الحقيقي، فيلاحظ أن البيع في هذا النوع من
الصورية إنما ستر الهبة الحقيقية، فكانت لذلك صورية بطريق التستر، وغنى عن
البيان أن الغرض من الصورية بطريق التستر وكذا بقية أنواع الصورية لا حصر له،
وهو ما يأتي الكلام عنه في حينه إن شاء الله تعالى.

ومن أمثلة الصورية بطريق التستر أيضاً ، أن يصدر من شخص لأحد ورثته
عقد بيع وهو في الحقيقة وصية، وذلك للتحايل على قواعد الميراث التي تقضي
بعدم نفاذ الوصية في حق الورثة إلا في حدود ثلث التركة^(٢).

٢ - الصورية بطريق المضادة : وفيها لا يتناول الطرفان وجود العقد ولا
تكييفه وإنما يتناولان ركناً فيه، أو شرطاً من شروط صحته، كالبيع الذي يذكر فيه
المتعاقدان ثمناً أقل من ثمنه الحقيقي شريطة أن يكون نافهاً لا بخساً فقط كما
ذهبت إلى ذلك محكمة النقض رغبة من ربحاً في دفع رسوم تسجيل أقل أو أن

(١) المستشار عز الدين الدناصورى، د. عبد الحميد الشواربي، الصورية في ضوء الفقه والقضاء، ص
٤٧، د. رأفت حماد، المرجع السابق، ص ٥٧.

(٢) نقض مدني في ١٩٨٠/٥/٢٨، مجموعة أحكام النقض المدني، ص ٣١، ج ٢، ص ١٥٣١،
رقم ٨٨ في الطعن رقم ٦٨٥ لسنة ٤٥ ق.

يذكر المتعاقدان ثمناً أعلى من الثمن الحقيقي منعاً للشفعة أن يأخذ بها الشفيع^(١).

ومن أمثلة الصورية بطريق المضادة أيضاً : إخفاء سبب العقد تحت ستار سبب آخر كما لو وهب شخص لسيدة مالا معيناً، وذكر في سند الهبة، إن سببها مجازاة الموهوب لها عن خدمة مشروعة أدتها إليه، ويكون السبب الحقيقي هو الرغبة في إقامة علاقة غير مشروعة.

غير أنه قد يترتب على إخفاء السبب الحقيقي، إخفاء طبيعة العقد، مما يجعلنا أمام صورية بطريق التستر.

٣ - الصورية بطريق التسخير : وهي التي ترد على شخص أحد المتعاقدين، ويقصد بها إخفاء شخصيته تحت اسم شخص آخر يظهر في العقد بدلاً منه، ويكون ذلك عادة تهرباً من مانع يمنع إبرام التصرف مع العاقد الحقيقي، كأن يوصى شخص لآخر بجزء من ماله، ويكون الموصى له المذكور في العقد ليس هو المقصود بالوصية، بل المقصود شخص آخر، لا تجوز الوصية له بهذا القدر من المال - كما لو كان ورثاً - فيوسط الموصى بينه وبين الموصى له الحقيقي شخصاً مسخراً، وتكون مهمته أن يتلقى الوصية من الموصى ثم ينقلها إلى الموصى له، وهكذا فإن الغرض من طريق التسخير عادة يكون التغلب على مانع قانوني يحول دون إتمام الصفقة لشخص معين.

ويلاحظ أن الصورية بطريق التسخير تختلف عن التعاقد بطريق التسخير، والذي يدعى المسخر فيه بالاسم المستعار *prête - nom*. ففي الصورية بطريق التسخير يتعاقد الشخص مع مسخر يتواطأ معه على تسخيره لمصلحة شخص ثالث يكون هو أيضاً عالماً بهذا التسخير.

أما في التعاقد بطريق التسخير، فإن المسخر *prête - nom* يتعاقد مع شخص لا يعلم بهذا التسخير، كالوكيل الذي يتعاقد مع الغير باسمه لحساب موكله^(٢).

(١) د. إسماعيل غانم، النظرية العامة للإلتزام، ج ٢، ص ١٩٥، وانظر نقض مدني في ١٩٥٩/٤/٢، الموسوعة الذهبية، المرجع السابق، ص ١٩٣، رقم ٤٢١ (طعن رقم ٣٧٢ لسنة ٢٤ ق).

(٢) راجع في التمييز بين الصورية بطريق التسخير والتعاقد بطريق التسخير د. السنهوري، المرجع السابق، ص ١٠٧٦، هامش (١)، د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات، المرجع السابق، ٨١٠.

المبحث الثانى

أنواع الحيل فى الفقه الإسلامى

تختلف الحيل وتتووع بحسب الزاوية التى ينظر إليها منها، ويمكن تقسيم الحيل تبعاً لإعتبارات مختلفة كما يلى :-

أولاً: الحيل بإعتبار الحكم عليها:

اختلفت وجهة نظر الفقهاء فى تعريف الحيلة - على النحو السابق - فمنهم من نظر إليها نظرة واسعة، فعرّفها بما يجعلها تفيد المموم والشمول، ومنهم من نظر إليها نظرة ضيقة، سادت جل آرائهم الفقهية، فجعل تعريفها قاصراً على ذلك النوع المذموم منها، دون التفات إلى ما سواه، بل أنها إذا أطلقت أريد بها عندهم ذلك اللون المذموم الذى يجب إجتنابه والنأى عنه.

بيد أن هؤلاء الذين نظروا إليها نظرة ضيقة، لم يسعهم حيل تقسيمهم للحيل إلا أن يسلّموا بأن منها ما هو محمود، لا يجب على الفقيه إغفاله، وإن كان ذلك فى أضيق الحدود.

نرى ذلك واضحاً عند أشد المعارضين للحيل، الناعين عليها، وعلى الآخذين بها.

ومعلوم من التفصيل السابق أن المالكية والحنابلة هم أكثر الفقهاء معارضة للأخذ بالحيل، والقول بها، ومع ذلك نجد الإمام الشاطبى، - أحد جهابذة الفقه المالكى المعبرين عن آراء هذا المذهب - رغم أنه فى تعريفه للحيلة نظر إليها نظرة محدودة، ووضعها فى نطاق العمل الذى يقصد به التهرب والفرار من أحكام الشريعة إنسياقاً مع مآرب المتحيل الذاتية - على نحو ما سبق - وعلى الرغم من ذلك فإنه عند تقسيمه للحيل ذكر أنها أنواع ثلاثة^(١):

الأول: الحيل التى لا يخالف فى بطلانها والنهى عنها مخالف، ومنها حيل المنافقين والمرائين التى يظهرون فيها أعمال الإسلام ويطنون فيها الكفر

(١) المواقف، ج ٢، ص ٢٧٠، ط دار الفكر.

والجود، فهذه لا خلاف عليها بين الجميع، لأنها تؤدي إلى خرم قواعد الشريعة في واقع الأمر.

الثاني: الحيل التي لا خلاف في جوازها وشرعيتها وصلاحياتها للتطبيق العملي، كمظهر من مظاهر اليسر، ورفع الخرج في الإسلام، كالنطق بكلمة الكفر في حال الإكراه عليها، والإضطرار لها، فإن القصد الرئيسي في النطق بها، من غير اعتقاد لمضمونها إنما هو لإحراز الدم، وحماية المال والعرض.

والفرق بين النطق بكلمة الكفر من المسلم مكرهاً، والنطق بكلمة الإسلام من المنافق مخادعاً، إن كلاهما نطق بكلمة من غير اعتقاد لمضمونها، توصلاً إلى غرض دنيوي. إلا أن الأول مأذون في ذلك لتحصيل مصلحة دنيوية، لا مفسدة فيها على الإطلاق لا في الدنيا ولا في الآخرة، بخلاف الثاني، فإنه غير مأذون في النطق بها لكونه مفسده أخروية، من حيث أنه إستهزاء ومناورة، ومخادعة لله وللرسول والذين آمنوا، وفيها مصلحة دنيوية، وهي إحراز دم المنافق والمراثي ومالهما، لكن هذه المصلحة باطلة وغير معتبرة لمعارضتها المصلحة الأخروية الراجحة، فلذلك أهملت وحكم ببطالانها وبالنكال والعذاب الأليم لمركبها.

وهذان القسمان من أقسام الحيل بلغا مبلغ القطع والتسليم.

الثالث: هو المشتبه من مسائل الحيل، أي الذي يكون محلاً للأشكال والغموض وهذا النوع تتباين فيه وجهات النظر، من جهة أنه لم يظهر فيه دليل قاطع يلحقه بأحد القسمين سالفى الذكر، كما أن الأدلة الشرعية، والنصوص الخاصة به لم يتضح فيها مقصد الشارع، بشكل متفق على أنه مقصود له، ومأذون به، كما لم يظهر أنه على خلاف المصالح التي وضعت لها الشريعة.

وبصورة إجمالية فإن مضار هذا القسم من هذا الوجه مختلف فيه، ومتنازع عليه، وهذا الاختلاف فيه، أو التنازع عليه شهادة من بعض المختلفين والمتنازعين بأنه لا يخالف المصلحة من كل وجه، فلذلك كان التحيل فيه جائزاً، أو شهادة

من البعض الآخر بأنه مخالف للمصلحة، فيكون التحيل به ممنوعاً، وسوف نفصل القول فيه - فى موضعه إن شاء الله.

وإذا كان هذا كلام أحد فقهاء المذهب المالكي الناعى على التحيل والتحيلين، فلا غضاضة أن نجد الإمام ابن القيم - أحد فقهاء المذهب الحنبلي - وهو من أشد المعارضين للتحيل، يذكر للتحيل أنواعاً خمسة^(١)، هى الأحكام التكليفية الخمسة فيقرر بداية أنه ليس كل ما يسمى حيلة حراماً، قال الله تعالى «إلا المستضعفين من الرجال والنساء والولدان لا يستطيعون حيلة ولا يهتدون سبيلاً»^(٢). حيث أراد بالحيلة، التحيل على التخلص من بين الكفار، وهذه حيلة محمودة يثاب عليها، وكذلك الحيلة على هزيمة الكفار، كما فعل نعيم بن مسعود يوم الخندق^(٣)، وكذلك الحيلة على قتل رأس من رؤوس أعداء الله، كما فعل الذين قتلوا ابن أبى الحقيق اليهودى^(٤).

(١) اعلام الموقعين، ج ٣، ص ٢٤٠.

(٢) سورة النساء (آية ٩٨).

(٣) قال ابن اسحاق فى غزوة الخندق: وأقام رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه فيما وصف الله من الخوف والشدّة، لتظاهر عدوهم عليهم، وابتنائهم إياهم من فوقهم ومن أسفل منهم، ثم أن نعيم بن مسعود عامر بن أنيف بن ثعلبة النطفاني أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله، إني قد أسلمت وأن قومي لم يعلموا بإسلامي، فصرني بما شئت، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم، إنما أنت فينا رجل واحد، فخذل عنا إن استطعت، فإن الحرب خدعة، فخرج نعيم بن مسعود حتى أتى بنى قريظة ففعل خدعته فيهم كما فعل خدعته فى قريش بعد ذلك (القصة بتمامها فى السيرة النبوية لابن هشام ج ٣، ص ١٣٧ مكتبة الكليات الأزهرية، البداية والنهاية لابن كثير، ج ٤، ص ١١١).

وفيهما أن نعيم استطاع بخداعه أن يفرق جمع المشركين الذين تعاهدوا على أن يحاربوا محمداً وأصحابه مجتمعين، ففعل فيهم خدعته حتى فرق بين قريظة من قريش مما كان سبباً فى إنهمائهم.

(٤) هو سلام بن أبى الحقيق - بضم الحاء - وكنيته أبو رافع، كان تاجر الحجاز، وقد ذهب إلى مكة وأغرى قريشاً بالنبي صلى الله عليه وسلم، حتى حزبوا الأحزاب، وجاءوا لحربه صلى الله عليه وسلم فى المدينة، وكانت غزوة الأحزاب هو موقد نارها، فاستأذن الخزرج رسول الله صلى الله عليه وسلم فى قتله فأذن لهم - وأرادوا بذلك أن يكونوا مثل الأوس فى قتل كعب بن الأشرف قبل أحد - فانتدبوا أربعة منهم، أمر عليهم النبي صلى الله عليه وسلم عبد الله =

فكل هذه حيل محبوبة لله ومرضية له، ثم يذكر ابن القيم^(١) إن الحيل تنقسم إلى الأحكام التكليفية الخمسة، فإن مباشرة الأسباب حيلة على حصول المسببات، ومعنى ذلك أن الحيلة يمكن أن تكون واجبة، أو مستحبة، أو مستحبة، أو مباحة، أو محرمة، أو مكروهة.

على النحو التالي:

- أ - الحيلة الواجبة وهي مباشرة الأسباب الواجبة للحصول على المسببات، فمثلاً الأكل والشرب واللبس والسفر الواجب حيلة على المقصود منه.
- ب - الحيلة المستحبة وهي مباشرة الأسباب المستحبة للحصول على مسبباتها المستحبة كمباشرة العقود المستحبة للحصول على العقود عليه.
- ج - الحيلة المباحة وهي مباشرة الأسباب المباحة للحصول على مسبباتها المباحة.
- د - الحيلة المحرمة وهي مباشرة الأسباب المحرمة للوصول إلى أهدافها المحرمة.
- هـ - الحيلة المكروهة وهي مباشرة الأسباب المكروهة للوصول إلى مقاصدها المكروهة.

ثم يقرر أنه لا كلام في هذه الأقسام بهذا الاعتبار العام الذي هو مورد التقسيم إلى مباح ومحظور، لأن الحيلة من هذه الوجهة جنس يدخل تحته أنواع منها التوصل إلى فعل الواجب، وترك المحرم، وتخليص الحق، ونصر المظلوم، وقهر الظالم، وعقوبة المعتدى، كما يدخل تحته أيضاً التوصل إلى إستحلال المحرم،

= بن عتيك، ونهاهم أن يقتلوا وليداً أو امرأة، حتى أتوا خيبر، واحتالوا في دخولها، بأن تفتح أحدهم بشويه كأنه يقضى حاجته، فناداه بواب الحصن: يا عبد الله إن كنت تريد أن تدخل، فادخل فأنى أريد أن أغلق الباب، فدخل حتى إذا نام البواب أخذ المفاتيح وفتح الباب وأدخل رطله، حتى إذا دخلوا على أبى رافع، وغلقوا دونهم الأبواب، وكان نائماً فوثبوا عليه بسيوفهم حتى قتلوه (انظر السيرة لابن هشام ج ٣، ص ١٧٠، والبداية والنهاية لابن كثير، ج ٤، ص ١٣٧ وما بعدها).

(١) هو شمس الدين أبى عبد الله محمد بن أبى بكر المشهور بابن قيم الجوزية - أحد فقهاء الحنابلة الذين لهم باع طويل في المحافظة على السنة وقمع البدعة، أستاذة شيخ الإسلام ابن تيمية، ولد عام ٦٩١ هـ، وتوفي عام ٧٥١ هـ (الاعلام للزركلى، ج ٦، ص ٢٨٠).

وبإبطال الحقوق، وإسقاط الواجبات، ولما قال النبي صلى الله عليه وسلم «لا تتركبوا ما إرتكبت اليهود فتستحلوا محارم الله بأدنى الحيل» غلب استعمال الحيل في عرف الفقهاء على النوع المذموم^(١) الذي تمسك به القائلون بإبطال الحيل وجعلوه أصلاً في هذا الباب.

ومن هذا يتضح أن القائلين بإبطال الحيل، لم يقولوا بإبطالها على الإطلاق، وإنما وجد في كل منهما ما يدل على أن منها ما هو محمود، تقبله العقول السليمة، والنصوص الصريحة، فلا يتعارض مع مقصد شرعي، ولا يأباه دليل فقهي.

ومن هذه الناحية نجد أن الحيل تنقسم بحسب حكمها إلى نوعين، محمود، ومذموم. ذلك لأن الفقهاء إذا كانوا يذمون إرباب الحيل - لسوء ما فعلوه، وقبح ما إرتكبوه - فإنهم كذلك يذمون الإنسان العاجز الذي لا حيلة عنده، لعجزه وجهله بالطرق التي تحقق له مصالحه المشروعة، وذلك لأن الأول ماكر، مخادع إتبع طريقاً ملتوياً للوصول إلى أغراضه، أما الثاني فإنه عاجز مفرط، لم تسعفه ذاكرته في بيان الطرق التي توصله إلى مصالحه المشروعة، ومقاصده المحمود، ولا شك أن المحمود غيرهما، وهو من له معرفة بطرق الشر والخير، خفيها وظاهرها فيحسن التوصل إلى مقاصده المحمودة التي يحبها الله ورسوله، بأنواع الحيل، ويعرف طرق الشر الظاهرة والخفية التي يتوصل بها إلى خداعه والمكر به، فيحترز منها، ولا يفعلها، ولا يدل عليها، وهذه كانت حال سادات الصحابة رضي الله عنهم، فإنهم كانوا أبر الناس قلوباً، وأعلم الخلق بطرق الشر ووجوه الخداع، وإتقى الله من أن يتركبوا فيها شيئاً أو يدخلوه في الدين، كما قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: لست بخب ولا يخدعني الخب^(٢) وكان حذيفة - رضي الله عنه - أعلم الناس بالشر والفتن، وكان الناس يسألون رسول

(١) اعلام الموقعين، ج ٣، ص ٢٤٠، ٢٤١، ط دار الجيل، إقامة الدليل، ص ١٩٠ من الفتاوى، ج ٣.

(٢) الخب: الرجل الخداع، بفتح الخاء وكسرهما، انظر الصحاح للجوهري، ومختار الصحاح - مادة - خب - .

الله صلى الله عليه وسلم عن الخير، وكان هو يسأله عن الشر، مخافة الوقوع فيه، والقلب السليم ليس هو الجاهل بالشر، الذي لا يعرفه ولا يريد، بل يريد الخير والبر والنبي صلى الله عليه وسلم سمي الحرب خدعة.

وعلى ذلك فإنه لا شك في إنقسام الخداع إلى ما يحبه الله ورسوله، وإلى ما يبغضه وينهى عنه، وكذلك المكر ينقسم إلى قسمين : محمود، ومذموم، فالحيلة والمكر والخديعة تنقسم إلى محمود، ومذموم^(١).

وإذا عرف هذا فلنعلم أن الطرق التي تتضمن نفع المسلمين، والذب عن الدين، ونصر المظلومين، وإغاثة الملهوفين، ومعارضة المحتالين، بالباطل ليدخلوا به الحق، من أنفع الطرق، وأجلها علماً، وعملاً، وتعليماً.

وإنما المحرم: أن يقصد بالعقود الشرعية غير ما شرعت له، فيصير مخادعاً لله، فهذا مخادع لله ورسوله، وذلك مخادع للكفار والفجار والظلمة، وأرباب المكر والإحتيال. فبين هذا الخداع وذاك الخداع من الفرق ما بين البر والإثم والعدل والظلم، والطاعة والمعصية، فأين من قصده إظهار دين الله تعالى، ونصر المظلوم وكسر الظالم، إلى من قصده ضد ذلك!!؟^(٢).

وعلى هذا فإن الحيل من هذه الزاوية إما أن تكون محمودة، وإما أن تكون مذمومة محرمة.

والحيل المحرمة منها ما هو كفر، ومنها ما هو كبيرة، ومنها ما هو صغيرة، وذلك حسب تدرج الغاية المقصودة في التحريم وكذا الوسائل المستخدمة في ذلك. وأيضاً فإن الحيل المحمودة منها ما هو جائز، ومنها ما هو مستحب، ومنها ما هو واجب. فمثلاً الحيلة بالردة على فسخ النكاح كفر، وكذلك التحيل بالردة على حرمان الوارث كفر، والإفتاء بها كفر، ولا تتم إلا على قول من يرى أن مال المرتد لبيت المال، فأما على القول الراجح أنه لورثته من المسلمين فلا تتم الحيلة،

(١) اعلام الموقعين، ج ٣، ص ٢٤٢، وإغاثة اللهفان، ج ١، ص ٣٨٨.

(٢) إغاثة اللهفان، ج ١، ص ٣٨٨، ج ٢، ص ٧٢.

وهذا القول هو الصواب، فإن إرتداده أعظم من مرض الموت المخوف - ولا يجوز الإقرار أو الوصية في مرض الموت - وهو في هذه الحالة قد تعلق حق الورثة بماله، فليس له أن يسقط هذا التعلق بتبرع، من هبة أو إقرار - فهكذا المرتد برده تعلق حق الورثة بماله إذا صار مستحقاً للقتل (١).

ومن أمثلة الحيل التي تعد كبائتر : من قتل حماته - أم إمرأته - وأراد أن يسقط عنه القود، فقتل إمرأته التي له منها ولدًا، لكونه يعلم أن الوالد لا يقاد بولده، فلا يجوز لولده أن يقتص من أبيه، مطالباً بذلك حق أمه. والصواب أن هذه الحيلة لا تسقط عنه القود، لأن القصاص وجب عليه أولاً بقتل أم المرأة، وكان لها أن تستوفيه، ولها أن تسقطه، فلما قتلها قام وليها في هذه الحالة مقامها بالنسبة إليها، وبالنسبة إلى أمها ولو كان إبناً للقاتل، حيث لم يدل كتاب ولا سنة ولا إجماع ولا ميزان عادل على أن الولد لا يستوفي القصاص من والده لغيره، وغاية ما يدل عليه الحديث أنه لا يقاد الوالد بولده على ما فيه من النزاع. وتباين الآراء، ولم يدل على أنه لا يقاد بالأجنبي إذا كان الولد هو مستحق القود. والفرق بينهما ظاهر، فإنه في مسألة المنع قد أقيد بإبنته، وفي هذه الصورة إنما أقيد بالأجنبي، وكيف تأبى شريعة أو سياسة بوجوب القود على من قتل نفساً بغير حق، فإن عاد فقتل نفساً أخرى بغير حق، وتضاعف أثمه وجرمه سقط عنه القود؟ بل لو قيل بتحتّم قتله ولا بد - إذا قصد هذا - لكان أقرب إلى العقول والقياس (٢).

فهذا الأمثلة ونحوها أكثر مما تعد ، وقد ذكر إين القيم في كتابه «إعلام المعوقين» عدداً لا حصر من أمثلة الحيل المحرمة، وذكر مثلها كذلك في كتابه

(١) انظر في هذا المشال : اعلام الموقعين ، ج ٣ ، ص ٢٤٢ ، وأيضاً رسالة الحيل في الفقه الإسلامي ، ص ٥٤٣ .

(٢) اعلام الموقعين ، ج ٣ ، ص ٢٤٢ ، ٢٤٣ ، وأيضاً الأحكام السلطانية ، ص ٢٠٠ ، بداية المجتهد ، ج ٢ ، ص ٣٣٥ .

«إغاثة اللفهان» مع شرح هذه الأمثلة وتعليق الفقهاء عليها، مصحوبة بآراء الصحابة، والتابعين.

كما ذكر شيخه ابن تيمية - في تفصيل رائع بدیع - أمثلة الحيل المحرمة في كتابه القيم «إقامة الدليل على إبطال التحليل» المطبوع في الجزء الثالث من كتابه «الفتاوى الكبرى». وأرى المجال لا يتسع لسرد أكثر من ذلك بشأن الحيل المحرمة، ففى هذه المراجع ما يغنى الباحث فى هذا المجال.

أما الحيل المباحة - فقد سبق التمثيل لها - عند الكلام على تقسيم ابن القيم للحيل باعتبارها العام، وإنها تشتمل على الأحكام التكليفية الخمسة، فالحيل المباحة بناء على هذا التقسيم يمكن أن تكون واجبة، أو مستحبة أو جائزة. ولعل ما حدث لأبى يوسف خير دليل على ذلك، فقد حكى أنه رفع إلى أبى يوسف القاضى مسلم قتل كافراً، فحكم عليه بالقود، فأتاه رجل برقعة فألقاها إليه فإذا فيها مكتوب:

ياقاتل المسلم بالكافر	جرت وما العادل كالجائر
يا من ينفد وأطرافها	من علماء الناس أو شاعر
استرجعوا وابكوا على دينكم	واصببروا فالأجر للصابر
جار على الدين أبو يوسف	بقتله المؤمن بالكافر

فدخل أبو يوسف على الرشيد، وأخبره الخبر، وأقرأه الرقعة، فقال له الرشيد: تدارك هذا الأمر بحيلة، لئلا تكون فتنة، فخرج أبو يوسف، وطالب أصحاب الدم ببينة على صحة الذمة، وثبوتها، فلم يأتوا بها فأسقط القود، والتوصل إلى مثل هذا سائق عند ظهور المصلحة فيه^(١).

(١) الأحكام السلطانية للمواردى (دار الفكر ط ١) ص ٢٠٠، وانظر أيضاً فى حكم قتل المسلم بالكافر، بداية المجتهد، ج ٢، ص ٣٣٤، وأيضاً الإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع، ج ٣، ص ١٥٧، والبخارى فى صحيحه، ج ٩، ص ٢٢ (المطبعة المنيرية).

ومن العرض السابق، يتضح أن الحيلة تنقسم - بحسب النظر إلى حكمها - إلى محمود، ومذموم، وغنى عن البيان أن المتوسعين في الحيل متفقون على هذا التقسيم.

ومن هذا يتضح أن المؤيدين للحيل، والمعارضين لها، اجتمعت آراؤهم على كلمة سواء، وهى تقسيم الحيل - من حيث حكمها - إلى قسمين - قسم جائز، قد تصل درجة جوازه إلى حد الوجوب، والتحم، وقسم غير جائز، قد تصل عدم مشروعيته إلى درجة الحرمة والبطلان، والأول: هو ما يستهدف الخير، بطريق الخير، مع مراعاة إختلاف وجهات النظر فى تقييمه وضبط أحكامه، والثانى: هو ما يتوصل به إلى الباطل ولو بطريق مشروع، والذي حدا بالمعارضين للحيل إلى إتخاذ هذا الموقف المتشدد منها، إنما هو غلبة إستعمال كلمة الحيل فيما يذم منها، ولذلك فإنهم إتخذوها علماً بالغلبة عليها، ومن هنا جاءت حملتهم عليها، إلى الحد الذى وصل ببعضهم إلى الصاق الكفر لمن يفتى بالحيل أو يقول بها^(١).

كما أن الذى حدا بأرباب الحيل إلى الدفاع عنها، وإتهام من يكرهها بكرهية لأحكام الشرع^(٢)، وبإندام التأمل عنده أو قلته، إنما هو النظر إليها من جانبها المشروع وباعتبارها منطلقاً حراً للمفكرين من ذوى الخبرة الفقهية، والممارسة العملية التى لا تستغنى عن هذا اللون من البحث العلمى، المدعم بالدليل والنظر.

على أن الذى ساعد فى تعميق الهوة بين الجانبين، وإتساع مدى الخلاف والفجوة بينهما، هو ما ولده المحدثون من المشتغلين بالفقه، من حيل بلغ بها الشطط والانحراف إلى حد الإساءة إلى الأئمة الإعلام، الذين إلتموا إليهم بأفكارهم وفتاواهم، وليس هذا من عملهم؟ ولا من إفتائهم، ولو أنه عرض عليهم لما إرتضوه سبيلاً فى الشريعة، ولا إجتهداً فى الدين.

(١) إغائة اللفهان، ج ١، ص ٣٥٦، ٣٥٧.

(٢) المبسوط للرخسى، ج ٣٠، ص ٢١٠.

ثم جاءت العصبية المذهبية فزادت الطين بلة، والمريض علة، وأذكت نيران الجفوة بين الجانبين، ولهذا جاء التعبير عنها في كثير من الكتب بكلمة «الحيل» مجردة عن الشرعية، وذلك على اعتبار أن لفظ الحيلة عند إطلاقه يراد به الحيلة المذمومة - غير الشرعية - أم الحيل الشرعية فإنها تنأى عن أن يطلق عليها لفظ حيلة^(١).

ومع ذلك فإن لفظ الحيلة وصف بالشرعية في بعض المؤلفات الحديثة، أذكر منه على سبيل المثال، رسالة الحيل الشرعية وأثرها في نمو الفقه الإسلامي، حيث إنتهج صاحبها خطأ متعاطفاً مع الحيل الشرعية، واعتبرها سبباً مباشراً في ثراء الإجتهاادات الفقهية، وإيجاد الحلول اليومية، للمشاكل المتجددة، وأيضاً كتاب «نظرة عامة في تاريخ الفقه الإسلامي» للدكتور على حسن عبد القادر، الذي إعتبرها وجهاً من وجوه الرأي بمعناه الأعم، ولذلك كانت سمة مميزة للمدرسة أبي حنيفة الفقهية، التي توسعت في إستعمال الرأي بوجوهه المتعددة، كصدى حتمي لموجة الأعمال المتغيرة في حياة الناس الجديدة^(٢).

ولقد توصل الفقهاء بهذه الحيل إلى الجمع بين الدين والحياة، وذلك بالتوفيق بين النظريات والمعاملات عند تناقضها ظاهراً، حرصاً على مبادئ الإسلام أن ينالها شيء من الإهمال، وإنسياقاً في تيار الأذن العام بالتيسير، وتخليص الشريعة من الحرج والضيق.

ثانياً - الحيل بإعتبار وسائلها:

يبد أن الحكم - محموداً كان أو مذموماً - لا يستتبط إلا بالنظر إلى ما آل إليه فعل المحتال، ذلك أن المحتال ذكى فطن، يتخذ من الوسائل المشروعة ما يوصله إلى مقاصده غير المشروعة - غالباً - وهو يجتهد في ذلك حتى لا يمارى فيه أحد، ولا يرتاب فيه إنسان، فيأخذ شكلاً يتفق وأحكام الشرع، فضلاً عن عادات الناس - حتى لا ينفروا منه - هذا الشكل هو وسيلته إلى تحقيق مآربه، وهو

(١) إقامة الدليل، ص ٢٧٤، من الفتاوى الكبرى، ج ٣.

(٢) نظرة عامة في تاريخ الفقه الإسلامي، د. على حسن عبد القادر، ص ٢٣٦ وما بعدها.

بحكم ذكائه يتخذ من الأشكال أقربها للوصول إلى مقاصده ، حتى لا ينكشف سره، ولا يفتضح أمره.

وعلى ذلك فإن حكم الحيلة مرتبط بالوسائل الموصلة إلى الغايات، كما أنه يعتمد على مشروعية القصد من عدمه، فهو المعول عليه في صياغة الحكم.

فموارد الأحكام قسمان: مقاصد، هي ذاتها مصالح أو مفسدات، ووسائل مفضية إلى حكم المقاصد، غير أنها أخفض رتبة من المقاصد في حكمها^(١).

ويمكن تقسيم الحيل باعتبار الوسائل إلى قسمين: أقوال، وأفعال

فالمحتال - وهو في سبيل الوصول إلى أغراضه - قد يصل إليه بقول يربط حكماً، سعى إليه، وجاهد من أجل تحقيقه، وقد يصل إلى ما ناقت إليه نفسه، بفعل يوصله إلى المقصود.

ومن أمثلة النوع الأول: أن من يريد الحصول على الربا - بعيداً عن الأنظار فإنه يتبايع بالعينة - على الرأي الراجح إنها حيلة للحصول على الربا - وأيضاً من يريد أن يحلل امرأة لزوجها فإنه يعقد عليها ثم يطلقها، وكذا من يريد الفرار من الزكاة فإنه يهب ماله على رأس الحول حتى لا يكتمل النصاب.... وهكذا.

ففي هذه العقود وأمثالها يصل المحتال إلى غرضه بعبارات وألفاظ، فتأخذ الحيلة صورة قولية يتبادل فيها الطرفان الإيجاب والقبول، فيتحقق له ما أراد، وبالتالي فإن الحيلة في هذا النوع تأخذ الشكل اللفظي أو الصورة القولية، ومن هذا النوع، إحتيال المرأة على فسخ النكاح بالردة - عند من يرى أن الفرقة تنجز بنفس الردة-.

ومن أمثلة النوع الثاني: أن من يريد تأخير الصوم من الصيف إلى الشتاء فإنه يحدث سفرأ في صيف رمضان من أجل الترخص بالفطر والقضاء في أيام

(١) الحيلة في الفقه الإسلامي - رسالة - ص ٣٩٧ ، وانظر مقال الأستاذ / مصطفى عبد العزيز الخولي « أحكام الفقه الإسلامي » مجلة المحاماة ، العدد الأول والثاني ، يناير ، فبراير السنة الثامنة والستون، الفرائع في الفقه الإسلامي ، منال الدكتور محمد أبو العلا السابق الإشارة إليه، ص ١٣٧.

الشتاء، وكذا من أحدث سفرًا من أجل الصلاة الرباعية، فمثل هذه الحيل تعتبر من قبيل الأفعال - لا الأقوال - حيث الفعل فيها عنصرًا جوهريًا - لا يتحقق المقصود إلا بحصوله.

وأيضاً لو أخذ رجل لقمة فوضعها في فمه ليأكلها، فحلف عليه رجل: إن أكلتها فأمرأتى طالق ثلاثاً، فقال له رجل آخر: إن ألقيتها فأمرأتى طالق ثلاثاً، فالحيلة له في ذلك - حتى لا يحث واحد من الرجلين - أن يأكل بعضها ويلقى البعض الآخر، وبذلك يبر كل منهما، لأنه لم يأكلها كلها، كما أنه لم يلقها كلها^(١).

ويلاحظ أن صورة الحيلة هنا ليست قولاً، وإنما هي فعل تمثل في أكل بعض اللقمة واللقاء البعض الآخر.

نخلص من ذلك أن الحيل - باعتبار وسائلها - أقوال، وأفعال.

والأقوال يشترط لثبوت أحكامها العقل، ويعتبر فيها المقصد، فمن يعقد هبة فراراً من الزكاة فإنه يشترط أن يكون عاقلاً، قاصداً بذلك الهروب من إيجاب الزكاة، فمتى توافر ذلك فإن وجود الهبة كعدمها، فليست هبة في شيء من الأحكام، فإن ظهر المقصود ترتب هذا الحكم عليه ظاهراً وباطناً وإلا كانت فاسدة في الباطن فقط.

هذا إذا كانت الحيلة يستقل بها المحتال - كما في المثال المتقدم - فإن كانت الحيلة لا يستقل بها وحده، كما لو نوى بالنكاح التحليل - ولم يظهر ذلك للزوجة أو وهب ماله إضراراً للورثة. فإن هذه العقود بالنسبة إليه وإلى من علم غرضه باطلة، فلا يحل له وطء المرأة ولا يرثها لو ماتت، كما أنها لا ترثه لو علمت بنيته، وأيضاً لو علم الموهوب له غرض الواهب لم يحصل له الملك في الباطن، فلا يحل له الإنتفاع به، بل يجب رده إلى مستحقه، وأما بالنسبة للعاقدين الآخر الذي لم يعلم، فإن العقد بالنسبة إليه صحيح، يفيد مقصود العقود

(١) الخصاف في الحيل، ص ١١٩، والحيل للقزويني، ص ٧ مشار إليه في رسالة - الحيل في الفقه الإسلامي، ص ٥٢.

الصحيحة. وإن كانت الحيلة له وعليه كطلاق المريض مرض الموت، فإن الطلاق يصح من جهة أنه يزيل الملك ولم يصح من جهة أنه يمنع الإرث، فإنه إنما منع من قطع الإرث لا من إزالة ملك البضع.

ولذلك فإن الحيل القولية تكون صحيحة تارة، وفاسدة تارة أخرى. ثم ما ثبت حكمه، منه ما يمكن فسخه ورفع بعد وقوعه كالبيع والنكاح، ومنه ما لا يمكن فيه ذلك كالعق والطلاق. وهذا النوع من الحيل إذا قصد به الإحتيال على فعل محرم أو إسقاط واجب أمكن إبطاله، أما من جميع الوجوه، كما في نكاح التحليل، وهبة المال إضراراً بالورثة، وأما من الوجه الذي يبطل مقصود المحتال، بحيث لا يترتب عليه الحكم المحتال على حصوله، كما حكم به الصحابة رضوان الله عليهم في طلاق الفار^(١).

أما الأفعال، فإن كان للمحتال فيها غرض، فوث عليه غرضه، ولو كان مستهدفاً الرخصة في ذلك فمن يسافر في الصيف، ليس إلا لتأخير الصوم عنه إلى الشتاء، لم يحصل له غرضه، بل يجب عيه الصوم في هذا السفر.

فإن أراد بالفعل المحتال به سقوط حق غيره، فإن الحيلة هنا يترتب عليها حكمها، وقد لا يمكن إبطالها، كما لو وطء زوجة أبيه أو إبنه لينفسخ نكاحه، أو أن تباشر المرأة إبن زوجها أو أباه - عند من يرى أن ذلك موجباً للتحريم - فهذه الحيلة - وأمثالها - بمنزلة الإلتاف للملك بقتل أو غصب، لا يمكن إبطالها، لأن حرمة المرأة في هذه الأمثلة - بهذا السبب - حق لله تعالى، يترتب عليه فسخ النكاح ضمناً، والأفعال الموجبة للتحريم لا يعتبر لها العقل، فضلاً عن القصد. فإن كانت الحيلة فعلاً يفضى إلى تحليل له أو لغيره، كأن يقتل رجلاً ليتزوج امرأته، أو يزوجه لغيره، فإن المرأة في هذا المثال تحل لغيره من قصد التزوج بها، لأنها بالنسبة لهذا الغير تكون كمن مات عنها زوجها، أما بالنسبة لمن قتل قاصداً الزواج بها، أو تزويجها لغيره فإنه في هذا المثال يشبه من بعض الوجوه، ما لو خلل الخمر بنقلها من موضع إلى آخر من غير أن يطرح فيها شيئاً، مع إختلاف الفقهاء في المشبه به - حيث يرى الحنابلة أن الصحيح أنها لا تطهر،

(١) إقامة الدليل، ص ٢٦٦ وما بعدها، وانظر إغاثة اللهفان، ص ٣٧٥ وما بعدها.

وإنما تطهر إذا تخللت بفعل الله ^(١) ، في حين يرى الشافعية أنها إذا تخللت بنفسها طهرت ، وإن تخللت بطرح شيء فيها عن قصد أو عن غير قصد - كما لو وقع فيها شيء بفعل الرياح - فإنها لا تطهر ^(٢) .

وفي هذا المثال أيضاً - وفقاً للرأى الراجح بأن الخمر إذا تخللت بنقلها لا تطهر - لا تحل المرأة لمن قصد القتل ، لأن الزوج لو مات دون قصد حلت زوجته للغير فإذا قتله آخر لهذا القصد أمكن أن تحرم عليه مع حلها لغيره .

وعلى الجملة فإن الحيلة في الأفعال إذا اقتضت الرخصة للمحتال لم تحصل ، كالسفر للقصر والفطر ، وإن اقتضت تحريماً على الغير فإنه قد يقع وتكون بمنزلة إتلاف النفس والمال بحيث لا يمكن إبطالها . وإذا قصد بها إستباحة محرم لم يحل له ، وإن قصد إزالة ملك الغير ليحل له ، فالأقيس : أن لا يحل له أيضاً وإن حل لغيره ^(٣) .

ويلحق بالحيل من هذا الوجه ، المعارض : لأنها أيضاً إما قولية وإما فعلية .

وزعم أرباب الحيل أنها نوع من الحيل يستعمل في الخروج من الشدائد ، حيث قالوا : أن الحيل ما هي إلا معاريض في الفعل على وزن المعارض في القول ، وإذا كان في معاريض القول منلحة عن الكذب ، ففي معاريض الفعل مندوحة عن المحرمات وتخلص من المضايق ^(٤) .

العلاقة بين الحيل والمعارض :

وإذا كان هذا معنى المعارض ، فإن أرباب الحيل إعتبروها نوعاً من الحيل - كما سبق - ويسدو أن هناك إختلافاً بين المعارض وبين الحيل ويسدو هذا الإختلاف من وجوه :

(١) إقامة الدليل ، ص ٢٦٧ ، إغائة اللهفان ، ص ٣٧٣ .

(٢) الإقتناع في حل ألفاظ أبي شجاع للشرييني الخطيب ، ج ١ ، ص ١٢٣ ، ط الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية .

(٣) إقامة الدليل ، ص ٢٦٩ ، إغائة اللهفان ، ص ٣٧٥ .

(٤) اعلام الموقعين ، ج ٣ ، ص ١٩٠ وما بعدها ، انظر طلبه الطلبة للنسفي ، ص ١٧١ ، حيث ذكر أن المعارض : التعرضات أى الكنايات ، والمندوحة : السعة والغنى .

فالحيل تفارق المعارض من الوجه المحتال عليه، والوجه المحتال به.

أما المحتال عليه فى المعارض - كما يزعمون - فإنه دفع ضرر غير مستحق ، فإن الجبار كان يريد أخذ امرأة إبراهيم عليه السلام لو علم أنها امرأته، وهذه معصية عظيمة، وهى من أعظم الضرر، وكذلك عامة المعارض التى يجوز الإحتجاج بها، فإن عامتها إنما جاءت حذراً من تولد شر عظيم ، بخلاف الحيل التى تدفع ضرراً مستحقاً.

أما أن قصد بها - المعارض - كتمان ما يجب من شهادة أو إقرار أو علم أو صفة أو نحو ذلك فإنها حرام بنصوص الكتاب والسنة وهى فى هذه الحالة إنما هى نوع من الحيل المحرمة.

والضابط إن كل ما وجب بيانه فالتعريض فيه حرام، لأنه كتمان وتدليس، وكل ما حرم بيانه فالتعريض فيه جائز، بل واجب إذا أمكن واضطر إلى الخطاب، كالتعريض لسائل عن معصوم يريد قتله أو أخذ ماله، وإن كان بيانه جائزاً وكتمانه جائزاً أيضاً، فإما أن تكون المصلحة فى كتمانها أو فى إظهارها - بيانه - فإن كان الأول فالتعريض مستحب كتورية الحالف لظالم له، أو لمن إستحلفه يميناً لا تجب عليه، وإن كان الثانى فالتورية فيه مكروهة، ويكون البيان مستحباً، وإن كان فى كلاهما مصلحة كما لو كان التعريض والتصريح بالنسبة للمخاطب سواء جاز الأمران.

أما المحتال به فإن المعرض إنما تكلم بحق ، ونطق بصدق فيما بينه وبين الله، ومعارض النبى صلى الله عليه وسلم ومزاحه كلها من هذا النوع كقوله «نحن من ماء» وقوله «أنا حاملوك على ولد الناقة» وقوله «لا يدخل الجنة العجز» وغيرها، وذلك بخلاف المحتال به فى الحيل فإنها غالباً ما تكون وسائل غير مشروعة، أو مشروعة قصد بها غير المشروع.

وأيضاً فإن فرقاً ثالثاً بين الحيل المحرمة والمعارض يتضح فى : أن المعرض إما أن يكون أبطل بالتعريض حقاً لله أو لآدمي ، فأما من جهة الله سبحانه وتعالى فإنه لا يستطيع أن يبطل حقاً له، لأنه إذا تكلم بكلام وعنى به ما يحتمله من المعانى الحسية، لم يكن ملوماً فى ذلك، ولو كان الناس يفهمون منه خلاف ذلك، لأن

الله عالم بالسرائر، كما أن اللفظ مستعمل فيما وضع له، وأما من جهة الآدمي فلا يجوز التعريض إلا إذا لم يتضمن إسقاط حق مسلم، فإن تضمن إسقاط حق مسلم فإنه يحرم بالإجماع، أما المحتال فإنه بخداعه وحيلته، قد يبطل حقاً لله، كما قد يبطل حقاً لآدمي، وذلك كله بوسائل مشروعة في الظاهر، كمن يهب ماله على رأس الحول فراراً من الزكاة، وعلى ذلك فإن التعريض المباح - وغالباً المعارض من هذا النوع - ليس من المخادعة لله سبحانه وتعالى في شيء، وإنما غايته أنه مخادعة لمخلوق أباح الشارع مخادعته لظلمه جزاء له على ذلك، ولا يلزم عن جواز مخادعة الظالم، جواز مخادعة الحق، فما كان من التعريض مخالفاً لظاهر اللفظ في نفسه كان قبيحاً إلا عند الحاجة وما لم يكن كذلك كان جائزاً إلا إذا تضمن مفسدة، والذي يدخل في الحيل إنما هو الأول، فقد ظهر الفرق من جهة أنه قصد باللفظ - في المعارض - ما يحتمله اللفظ أيضاً، وكان هذا لدفع شر، أما المحتال - في الحيل - فإنه قصد باللفظ ما لا يحتمله، وقصد به حصول شر.

فالحيلة قد تشتمل على الكذب في الوسائل والغايات، أما التعريض، فإنه ليس كذباً لا في الوسيلة ولا في الغاية، لأن المعرض قصد معنى صحيحاً بنيته بلفظ يحتمله، أما المحتال فإنه قصد معنى محرماً بلفظ لا يحتمله.

فإذا تبين الفرق بين الحيل والمعارض، فإنه لا يجوز إلحاقها بالحيل بوجه من الوجوه، وإن كان في التعريض المباح ما يشبه الحيل المباحة سواء بسواء، ومع ذلك فإنه لا يلحق بالحيل، لأن هذا النوع من الحيل نفسه ينأى عن أن يطلق عليه لفظ حيلة - كما سبق -.

ثالثاً - الحيل بالنظر إلى الوسيلة والغاية معاً :

إذا كانت الوسائل على هذا النحو - أقوال وأفعال - فإن الحيلة تأخذ حكمها من غايتها، إلا أن الغاية مرتبطة بالوسائل، إرباط النتائج بالمقدمات، ولذلك فإن الحيلة إذا كانت بحسب حكمها مذمومة أو محمودة - مباحة أو غير مباحة فإن ذلك يتوقف على مدى مشروعية القصد من عدمه، وما دام القصد مرتبطاً بالوسائل فإنه يمكن تقسيم الحيلة - باعتبار غايتها - إلى نوعين :

أحدهما : الحيل المحرمة - المذمومة -

ثانيهما : الحيل المباحة - المحمودة -

وكل نوع منهما يأخذ من الوسائل أنواع ثلاث، فتكون النتيجة ستة أقسام للحيل باعتبارها العام^(١)، يمكن بيانها وتوضيحها في التفصيل التالي:

أولاً - الحيل المحرمة:

هى الطرق الخفية التى يتوصل بها إلى ما هو محرم فى نفسه، بحيث لا يحل ذلك السبب بحال، فمتى كان المقصود بها محرماً فى نفسه فهى حرام بإتفاق المسلمين، وذلك كالحيل على أخذ أموال الناس بالباطل، وظلمهم فى نفوسهم وسفك دمايتهم، وإبطال حقوقهم، وإفساد ذات بينهم.

بيد أن أرباب هذه الحيل نوعان : نوع يقصد به حصول مقصوده، ولا يظهر أنه حلال، كحيل اللصوص والنصابين، ونوع يظهر صاحبه أن مقصوده خير وصلاح، ويطن خلافه، وأرباب النوع الأول أسلم عاقبة من هؤلاء، فإنهم أتوا البيوت من أبوابها، والأمر من طريقه ووجهه، وأما هؤلاء فإنهم قلبوا موضوع الشرع والدين، ولما كان أرباب هذا النوع، إنما يباشرون الأسباب الجائرة، ولا يظهر من مقاصدهم، أغضل أمرهم وعظم الخطب بهم، وصعب الإحتراز منهم، فاستيحت بحيلهم الفروج، وأخذت بها الأموال من أربابها، فأعطيت لغير أهلها، وعطلت بها الواجبات، وضيعت بها الحقوق ولا يختلف المسلمون قاطبة أن تعليم هذه الحيل حرام، والشهادة على مضمونها حرام، والحكم بها مع العلم بحالها حرام.

وهذه الحيل وأمثالها لا يستريب مسلم فى أنها من كبائر الأثم، وأقبح المحرمات، وهى من التلاعب بدين الله، وإتخاذ آيات الله هزواً، وهى حرام من جهتها فى نفسها لكونها كذباً وزوراً، و نرام من جهة المقصود بها، الذى هو إبطال حق، وإثبات باطل.

(١) أخذت بتصرف من اعلام الموقعين، ج ٣، ص ٢٤٠ - ٤٠٢، وإقامة الدليل، ص ١٩٠ - ٢٢٧، ص ٢٦٥ - ٢٧٠، إغائة اللهفان، ج ١، ص ٣٧٣ - ٣٧٦، أصول التشريع الإسلامى، ص ٣٦٤ - ٣٦٦.

وهذا النوع من الحيل المحرمة له أقسام ثلاثة - باعتبار الوسائل المستخدمة

- وهي :-

١ - التصرفات المحرمة في ذاتها والتي تفضي إلى المقصود الحرام. وهذا النوع لا خلاف في حرمة، ولا شبهة في إبطاله، ومنه الإحتيال لفسخ نكاح المرأة بردتها، أو بتمكينها إبن زوجها من نفسها، أو بإنكارها أنها أذنت لوليها في تزويجها، ومنه أيضاً الإحتيال لحرمان المرأة من الإرث، وذلك بإقرار الزوج المريض، أنه كان قد طلقها ثلاثاً وهو صحيح، وما إلى ذلك.

٢ - التصرفات المباحة في نفسها والتي تفضي إلى الحرام - غالباً - كالصلاة تطوعاً بغير سبب في أوقات النهي، أو سب أرباب المشركين بين أظهرهم، أو تزين المتوفى عنها في زمن عدتها. أو الصلاة بين يدي القبر لله تعالى، فهذه وإمثالها تصرفات مباحة في نفسها إلا أن إفضاءها إلى الحرام واقع، وذلك لرجحان المفسدة فيما أفضت إليه على المصلحة، وهذا النوع من الذرائع التي يجب أن تسد، وهو النوع الذي إختلط بالحيل وأصبح التمييز بينهما عسيراً - وقد تقدم الكلام عن الذرائع وأقسامها - ولذا نكتفي بما ذكرناه آنفاً^(١).

٣ - التصرفات المشروعة في نفسها والتي لم توضع للإفضاء إلى المحرم - كسابقتهما - وإنما وضعت للإفضاء إلى المشروع، كالإقرار، والبيع، والنكاح والهبة، ونحو ذلك، فيتخذها المتحيل سلماً وطريقاً إلى الحرام، وهذا النوع هو موضع النزاع في الحقيقة، فالبيع مثلاً مشروع في نفسه، كما أنه موضوع للإفضاء إلى ما هو مشروع، حيث جريان التعامل بين الناس فإذا قصد به المحتال الوصول إلى الربا، فإنه بذلك يخرج من نطاقه الذي وضع له بطرق خفية، قد لا يفتن إليها كثير من الناس، معتمداً في ذلك على ذكائه وفطنته، وكذا النكاح فإنه قد يقصد به التحليل، كما قصد بالبيع الربا وهكذا.

وبهذا يتحرر النزاع بين القائلين بالحيل، والمعارضين لها. فالقائلين بالحيل أجازوا مسألة «العينة» ونكاح التحليل، وإقرار المريض لوارث، وهكذا وذلك إعتماً على صورة الفعل وهو البيع، والنكاح، والإقرار، ومن جوز من الأئمة ذلك فإنما

(١) راجع سابق، «الحيل وسد الذرائع».

جوزوها لا على وجه الحيلة المحرم، بل إستناداً لصورة ذلك الفعل، ولكن التحيل أخذ صورة ما أفتوا به فتوصل بذلك إلى ما منعوا منه، ولذلك يقول الإمام الشافعي في شأن إقرار المريض لوارث: أقبل إقراره، إحساناً للظن بالمقر، وحملاً لإقراره على السلامة، ولا سيما عند الخاتمة^(١).

على أن توضيح هذه المسألة تفصيلاً سوف يأتي بمشيئة الله تعالى في الفصل الثاني من هذا الباب.

ثانياً: الحيل المباحة :

هي الطرق الخفية - المباحة - التي يتوصل بها إلى ما هو مباح في نفسه، وللوسيلة دور كبير في تحديد مدى إباحة هذا النوع من الحيل، لأنها إما مباحة تفضي إلى المباح، أو مباحة لا تفضي إليه غالباً، أو أنها وسيلة محرمة. فهذه أنواع ثلاثة يمكن بيانها فيما يلي :-

١ - التصرفات المشروعة التي تفضي إلى المشرع ، وهذه هي الأسباب الشرعية التي وضعها الشارع لأغراض خاصة إذا استخدمت فيما شرعت من أجله، فهي أسباب نصبها الشارع مفضية إلى مسبباتها كالبيع، والإجارة، وغيرها، فعقد البيع جعله الشارع سبباً في نقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري، وأنتفاع المشتري بالمبيع مقابل دفعه لثمن هذا المبيع... وهكذا فهذه الأسباب إنما هي حكم الله تعالى ورسوله، وهي في إقتضائها لمسبباتها شرعاً على غرار الأسباب الحسية في إقتضائها لمسبباتها قدراً، فهذا شرع الله تعالى، وذلك قدره، وهما خلقه وأمره، والله وحده له الخلق والأمر، لا تبديل لخلق الله، ولا تغيير لحكمه، فكما أن الله سبحانه وتعالى لا يخالف بالأسباب القدريّة أحكامها، بل يجريها على أسبابها، وما خلقت له، فهكذا الأسباب الشرعية لا يخرجها عن سببها وما شرعت له، بل هي سنته شرعاً وأمرأ، وتلك سنته قضاءً وقدراً.

على أن هذا النوع في الحقيقة خارج عن دائرة الحيل - كما ذكرت آنفاً - لأنه ما هو أسباب وضعت لمسببات بجعل الشارع، وهذا ما يختلف عن دلالة

(١) اعلام الموقعين، ج ٣ ، ص ٣٣٤.

الحيل، لما علم من دلالتها على نوع من المهارة والحدق في التوصل إلى المقصود بما خفى من الأسباب - لا بما ظهر منها -.

٢ - التصرفات المشروعة في ذاتها إذا استخدمت فيما وضعت لأجله مما لا يظن الناس إليه، أو قصد بها الوصول إلى غير ما وضعت له مما هو حلال أو مطلوب شرعاً: كأن يحتال على التوصل إلى الحق أو دفع الأذى ورفع الظلم بطريق مباح لم يوضع موصلاً إلى ذلك بل وضع لغيره، فيتخذها هو طريقاً إلى هذا المقصود الصحيح، أو قد تكون موضوعاً له لكن يكون خفياً بحيث لا يظن له الناس.

ويدخل في هذا النوع التحيل على جلب المنافع، وعلى دفع المضار، وقد ألهم الله تعالى ذلك لكل حيوان، فلأنواع الحيوانات من الحيل والمكر ما لا يهتدى إليه بنو آدم، وهذا النوع من الحيل مباح، بل ممدوح يعد العلم به فطنة وكيماً والجهل به خوراً وضعفاً، كما قال تعالى «إلا المستضعفين من الرجال والنساء والولدان لا يستطيعون حيلة ولا يهتدون سبيلاً»^(١)، بل إن العاجز من عجز عنه، والكيس من كان به أفطن، وعليه أقدر، ولا سيما في الحروب فإنها خدعة، والعجز كل العجز ترك هذه الحيلة، لأن الإنسان مندوب إلى إستعاضته بالله تعالى من العجز والكسل، فالعاجز لا يستطيع الحيلة، والكسلان لا يريد لها، ومن لم يحتل وقد أمكنته هذه الحيلة أضاع فرصته، وفرط في مصالحه كما قال القائل:

إذا لم يحتل وقد جد جده أضاع وقاسى أمره وهو مدير
وفي هذا يقول بعض السلف: الأمر أمران، أمر فيه حيلة فلا يعجز عنه، وأمر لا حيلة فيه فلا يجزع منه.

ومن هذا النوع من الحيل ما فعله نعيم بن مسعود لهزيمة الكفار يوم الخندق - وقد تقدم بيانه - ومنه ما روى عن أبي حنيفة - رحمه الله - إن رجلاً أتاه بالليل فقال له: أدركني قبل الفجر وإلا طلقت إمرأتى، قال: وما ذاك؟ قال: إن إمرأتى تركت الليل كلامي، فقلت لها: إن طلع الفجر ولم تكلميني

(١) سورة النساء (آية ٩٨).

فأنت طالق ثلاثاً، وقد توسلت إليها بكل أمر أن تكلمنى فلم تفعل، فقال أبو حنيفة : إذهب فمر المؤذن أن ينزل فيؤذن قبل الفجر، فلعلها إذا سمعته أن تكلمك، وإذهب إليها فتأشدها أن تكلمك قبل أن يؤذن، ففعل الرجل، وجعل ينأشدها، وأذن المؤذن، فقالت : طلع الفجر.. وتخلصت منك، فقال : بل كلمتني قبل الفجر، وتخلصت من اليمين^(١).

٣ - التصرفات المحرمة في نفسها إذا قصد بها الوصول إلى الحق، مثل أن يكون له على رجل حق فيجده ولا بينة له، فيقيم صاحبه شاهدي زور، يشهدان به ولا يعلمان ثبوت هذا الحق، وأيضاً لو طلق رجل امرأته ثلاثاً، بالرغم من أنهما لم يسمعا الطلاق منه، وأيضاً ما لو كان لرجل على آخر دين، وهذا المدين له وديعة عند دائته، وجحد الدائن الوديعة، فيجحد المدين الدين، ولا بينة للدائن، توصلاً إلى حقه في الوديعة، ويحلف أنه غير مدين لهذا الرجل.... إلخ.

ويلاحظ أن المقصود في هذا النوع من الحيل مباح شرعاً، ولكن الوسيلة الموصلة إليه محرمة، فيكون الوصول إلى الحق بطريق حرام، كالأمثلة السابقة.

وهذا النوع من الحيل هو ما يطلق عليه «مسألة الظفر» وهي تعنى أنه : هل يجوز لصاحب الحق - العاجز عن إستيفاء حقه - إذا ظفر بمال لغيره، أن يأخذ منه قدر حقه من غير إذنه؟ وهذه المسألة، يجيزها من أجاز الظفر، على نحو ما يبين في موضعه إن شاء الله تعالى.

رابعاً : الحيل باعتبار المجال الذي تكون فيه :

يلاحظ أن أنواع الحيل السابقة قد توجد في العبادات - كما في التحايل على إسقاط الزكاة بهبة المال، قبيل حولان الحول، كما قد توجد في المعاملات - كما في البيع الذي قصد به الحصول ربا محرم -، ولذلك أدرجتها تحت قسمين أحدهما محرم، والآخر، مباح.

يبد أن هناك نوعاً من الحيل غير صالح لأن يوجد في العبادات، لأن للمحتال فيه - بالإضافة إلى ذكائه ودهائه كما في الأنواع السابقة - نشاطاً قد يكون إيجابياً أو سلبياً ملموساً، ولذلك فإنه من غير المتصور أن يوجد هذا النوع

(١) هذا المثال مشار إليه في رسالة « الحيل في الفقه الإسلامي » ، ص ٢٢ .

من الحيل فى العبادات ، إذ كيف يجرؤ بشر على أن يخادع الله عز وجل ؟ وهذا - فى وجهة نظرى - من المحال .

ولما كان هذا النوع من الحيل يقوم على نشاط للمحتال ، فإن المجال الطبيعى له إنما يكون فى المعاملات ، هذا النوع هو ما يطلق عليه فى الفقه الإسلامى « بالتغير » .

والتغير فى مجمله عبارة عن نشاط يقوم به المحتال للتدليس على من يتعامل معه فيؤهمه بغير الحقيقة ، ويقع بذلك فى غلط ، هذا النشاط الذى يقوم به المحتال أما أن يكون إيجابياً ، وإما أن يكون فعلاً ، أما النشاط السلبى للمحتال فهو عبارة عن السكوت فى موضع البيان .

ونخلص من ذلك إلى أن التغير يقع على الأنواع الآتية :

أ - التغير القولى :

ويتمثل نشاط المحتال فيه فى أقوال وكلمات يتفوه بها ، قاصداً منها الوصول إلى هدف يبغيه ، وغرض يريد تحقيقه ، ولعل من أبرز الأمثلة عليه « بيع النجش » الذى ورد النهى عنه فى حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم الذى رواه أبو هريرة قال : « نهى النبى صلى الله عليه وسلم أن يبيع حاضر لباد ، ولا تناجشوا » (١) .

وأيضاً ما رواه ابن عمر قال : « نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن النجش » (٢) ، وذكر الإمام الشوكانى أن الحديثين متفق عليهما (٣) . والنجش يعنى لغة : تنفير الصيد واستشارته من مكانه ليصاد .

وفى الشرع : الزيادة فى ثمن السلعة المعروضة للبيع لا ليشتريها ، بل ليغر بذلك غيره ، وسمى الناجش فى السلعة ناجشاً لأنه يثير الرغبة فيها ، ويرفع ثمنها .

(١) صحيح البخارى بشرح الكرماني : كتاب البيوع ، ج ١٠ ، ص ٢٦ .

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي ، كتاب البيوع ، ج ١٠ ، ص ١٦١ ، وأيضاً صحيح البخارى ، المرجع السابق ، ص ٢٧ .

(٣) راجع فى ذلك : سبل السلام للصنعاني ، ج ٣ ، ص ٢٦ .

ويلاحظ أن بيع النجش على هذا النحو إنما هو من قبيل التفرير بالقول، حيث يوهم الناجش الشاري بأن السلعة يرتفع ثمنها إلى الحد الذي يقبل هو أن يشتري به، ولكنه لن يشتري وإنما فقط لإستثارة هذا الشاري على قبول هذا الثمن المرتفع وقد فعل ذلك بالقول كذباً.

ب - التفرير الفعلي :

ويتمثل نشاط المحتال فيه في أفعال يقوم بها لإيهام الآخرين بأن هذا الشيء المبيع يساوي ثمناً أكثر من ثمن مثله في الحقيقة، وذلك بهدف تضليل من يتعامل معه أيضاً، ومثاله الصريح، التصرية، حيث نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع التصرية بالنسبة للحيوان، وأصل التصرية حبس الماء يقال : صريت الماء إذا حبسته، والتصرية هي ربط إخلاف الناقة والشاة وترك حلبها حتى يجتمع لبنها فيكثر، فيظن المشتري أن ذلك عادتها، ويلاحظ أن نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن التصرية للحيوان مقيد بإرادة البيع، ليدل على أن العلة في ذلك إنما هو التدليس والضرر، أما التصرية لا لأجل البيع فيجوز، وإن كان فيه إيذاء للحيوان، إلا أنه لا يتحصل منه ضرر للغير.

وهذا النوع - كما هو واضح - فعل يقوم به المحتال يمكن به إيهام الآخرين بغير الحقيقة، فيكون بذلك مدلساً^(١).

ج - التفرير بالسكوت في موضع يقتضي البيان :

ويكون ذلك بالسكوت (الكتمان) في موضع يقتضي البيان، وصورته الظاهرة كتمان البائع عيباً خفياً في المبيع، حيث يوجب هذا الكتمان الخيار للمشتري والرد للغيب كما سيبين تفصيل ذلك كله في الفصل التالي إن شاء الله تعالى.

إستخلاص ومقارنة :

تناول الفقه الإسلامي أنواع الحيل بالتفصيل والتوضيح، وكان ذلك نظراً

(١) المرجع السابق .

لإعتبارات مختلفة، سواء بالنسبة للحكم على الحيلة أو بالنسبة للوسيلة المستخدمة فيها ، أو بالنسبة للنظر إلى الوسيلة والغاية، أو بالنسبة للمجال الذى تعمل فيه الحيلة، فكانت هذه الأنواع فى الفقه الإسلامى واضحة ومفصلة، فى حين نجد القانون المدنى قد وضع أنواع الحيل تحت مسميات رئيسية، فهذه إفتراضات قانونية، وتلك حيل تدليسية، وأخرى حيل بطريق الصورية.

ولهذا نجد التقسيم الذى إتبعه الفقه القانونى لم يشتمل على كل أنواع الحيل التى تناولها فقهاء المسلمين بالشرح والتوضيح، ومع ذلك فقد إشتمل على أنواع لم يتناولها الفقه الإسلامى وهو بصدد ذكره لأنواع الحيل، وإن كان قد تناولها فى بعض الجزئيات، ولم يغفلها كلية.

ويمكن توضيح العلاقة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى - بالنسبة لأنواع الحيل - فيما يلى :

أوجه الإتفاق بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى:

يتفق القانون المدنى مع الفقه الإسلامى فيما يسمى بالحيل التدليسية، فهذه الحيل فى القانون، هى نفس الحيل التغيرية التى قال بها فقهاء المسلمين، فكلاهما يعنى خداع الطرف الآخر فى التصرف ودفعه إلى إبرام هذا التصرف وهذا الإتفاق فى المسمى العام لهذا النوع من الحيل، لا يبعد الإتفاق - أيضاً - فى جزئيات هذا المسمى، بين القانون المدنى والفقه الإسلامى، فإذا كانت الحيل التدليسية فى القانون المدنى تتحلل فى الواقع إلى حيل قولية كالكذب فى موضع تقتضى الصدق، وإلى حيل فعلية كإتخاذ مظهر كاذب من شأنه إيقاع الآخرين فى غلط يدفعهم إلى التعاقد، وإلى حيل سلبية كالكتمان فى موضع يقتضى البيان. فإن الحيل التغيرية فى الفقه الإسلامى تتحلل أيضاً إلى هذه الأنواع الثلاثة، فهناك التغير القولى كما فى حالة النجش، وهناك التغير الفعلى كما فى حاة التصرية، وهناك التغير السلبي، كما فى حالة كتمان العيوب الخفية بالسلعة المبيعة.

وهكذا يتفق الفقه القانوني مع الفقه الإسلامي في هذا النوع من الحيل وفي جزئياته الدقيقة أيضاً، كما يتفقان أيضاً في الحيل المراد بها الوصول إلى الحق المجهود، على نحو ما سبق بيانه تفصيلاً.

أوجه الاختلاف بين الفقه الإسلامي والقانون المدني :

تناول الفقه الإسلامي بعض أنواع الحيل التي لم يتناولها القانون المدني، وكان ذلك واضحاً في تقسيم الفقه الإسلامي للحيل بإعتبار الحكم عليها، وبإعتبار الوسيلة والغاية معاً، فكل أنواع الحيل التي ذكرها فقهاء المسلمين بهذين الإعتبارين لم يتعرض له فقهاء القانون المدني، ولعل المرجع في ذلك أن غالب هذه الأنواع ينطوي على العقائد والعبادات لا المعاملات، وما كان منه من قبيل المعاملات، كالحيل التي يلجأ إليها البعض وصولاً إلى الحق المجهود، تناوله الفقه القانوني، ونادى بمشروعيتها، وهو ذلك النوع الذي يطلق عليه قانوناً بالتدليس الخير، كما لو جحد المودع عنده الوديعة، فاستعمل صاحبها طرقاً احتيالية ليصل بها إلى حقه في الوديعة المجحودة، ففي هذا النوع من التدليس ذهب الفقه القانوني إلى أنه جائز ولذا سموه بالتدليس الخير - أما بقية أنواع الحيل التي فصلها الفقه الإسلامي - كإرتداد الزوجة لينفسخ نكاحها من زوجها أو تمكينها إين زوجها من الوقوع بها، لتصل إلى هذا الهدف، وكالبيع المراد به الربا، والنكاح المقصود به التحليل، والخداع المطلوب في الحروب..... وغيرها - فلم يتناولها الفقه القانوني لأجملة ولا تفصيلاً، وقد يرجع السبب في ذلك إلى إتصال هذه الحيل بالعقائد - كما ذكرت -.

هذا من جهة : ومن جهة أخرى تناول القانون المدني بالذكر أنواعاً من الحيل لم يتناولها الفقه الإسلامي، ألا وهو يصدد الكلام عن بعض الجزئيات ويمكن توضيح ذلك فيما يلي :-

١ - تناول القانون المدني الافتراضات القانونية، كأحد أنواع الحيل، لما فيها من مخالفة الحقيقة، والواقع، ولم يتكلم عنها الفقه الإسلامي صراحة، وإنما ذكرت كتطبيقات وردت في حالات محددة نذكر منها ما يلي :

أ - توريث الجنين :

القاعدة العامة في الفقه الإسلامي أن شخصية المرء تبدأ بولادته حياً، بأن يستهل صارخاً، ومعنى ذلك أنه قبل هذه اللحظة لا يتمتع بشخصية توجب له الحقوق، وتحمله بالتزامات، فإذا نزل ساقطاً لا يرث مورثه، ولا يرثه أحد، وكذا إن نزل بالولادة ميتاً دون إستهلال.

ويترب على ذلك أن الجنين قبل ولادته حياً لا يرث، لأنه لم يكن موجوداً حين وفاة مورثه، وهي نتيجة قاسية، حيث يترتب عليها الإجحاف بحقوق الجنين حينما يولد، ومن ثم قرر فقهاء المسلمين إعتبار الجنين شخصاً حياً قبل ولادته، إذا توفي مورثه أثناء حمل، ومن ثم يستحق نصيبه من التركة. على خلاف بينهم في المقدار الذي يوقف للجنين حتى يولد حياً^(١).

وبهذا عرف الفقهاء المسلمين معنى الإفتراض - الذي قال به الفقه القانوني - ورتبوا عليه أحكاماً، دون أن يؤدي هذا الإفتراض - كما في الفقه القانوني - إلى الإصطدام بقواعد الشريعة، وأحكام الفقه الإسلامي.

ب - بقاء الذمة المالية للمتوفى - إفتراضاً - حتى تسدد ديونه :

من القواعد المقررة لدى بعض فقهاء المسلمين، قاعدة «لا تركة إلا بعد سداد الديون» ومعنى هذه القاعدة أن الورثة لا يمتلكون مال مورثهم إلا بعد أن تسدد ديونه، فإن بقي من التركة شئ آل إلى الورثة، كل بحسب نصيبه في الميراث. وهذا يعني أنه لا يجوز للورثة التصرف في مال التركة قبل تسديد ما عليها من ديون. إذ الفرض أنهم لا يملكونها - والحالة هذه - بيد أن التركة تكون قد انفصلت عن ذمة صاحبها بوفاته، ومعنى ذلك أنها تبقى شاغرة، في الفترة بين وفاة المورث وحتى موعد سداد الديون، ومعلوم مدى خطورة بقاء التركة شاغرة

(١) راجع في هذه المسألة: المغنى لابن قدامة، ج ٧، ص ١٩٤ - ١٩٦، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٨٣م، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٤، ص ٤٨٧ وما بعدها، وانظر، توريث الجنين وفقاً لقانون الأحوال الشخصية الجديد، د. محمد مصطفى شحاته الحسيني، الأحوال الشخصية في الموارث وفق القانون الجديد، الطبعة الرابعة (١٤٠٢ هـ = ١٩٨١م) مطبعة السعادة، القاهرة.

فترة من الزمن، وإن قلت، من هنا قرر البعض من فقهاء المسلمين إفتراض أن الذمة المالية للمتوفى لم تنته بعد - بالرغم من الوفاة - حتى يتم سداد الديون التي على التركة، وينبنى على ذلك تبيجتان هامتان، أحدهما : أن يظل المورث مالكا للأعيان المورثة حكما، حتى تسدد ديونه، ومن ثم لا تبقى التركة شاغرة فترة من الزمن، وثانيهما : أنه لا يجوز للمورثة التصرف في مال التركة قبل أن يتم سداد الديون، إذ أنهم - والحالة هذه - لم يملكوها بعد، ومن هنا جاءت القاعدة الفقهية الشهيرة « لا تركة إلا بعد سداد الديون » (١).

هذا وقد ذهب البعض إلى أن هذه القاعدة أوجدها الفقه الإسلامي، ولكنها لا تعنى أن تظل التركة شاغرة دون مالك يملكها منذ وفاة المورث، وحتى سداد الديون أو أن ذلك قائم على الإفتراض، وأنه يفترض وجود المورث حيا متمثلا في ذمته المالية حتى تقضى عنه ديونه، ولكن التركة تنتقل للمورثة، بحيث تكون ملكا لهم من حين الوفاة، ولو لم يؤد الدين، وأن أقوال الفقهاء بهذه القاعدة مبنية على التسامح والمقصود منه المبالغة في حث الورثة على قضاء دين مورثهم (٢).

وأرى أن هذا الكلام مرجوح، إذ القول باعتبار بقاء ذمة المتوفى حتى تقضى ديونه، لا يصطدم بقواعد الشريعة، وأحكام الفقه الإسلامي، وفي الوقت نفسه يؤدي إلى حل كثير من المشاكل التي تترتب على بقاء التركة شاغرة دون مالك لها، والأمر بالإسراع في قضاء الدين أمر عام في هذا الموضع وفي غيره، ومن ثم كان كلام الفقهاء وفقاً للقاعدة المذكورة هو الراجح.

ج - اعتبار المفقود حيا مدة من الزمن :

من الأمور التي قال فيها فقهاء المسلمين بالإفتراض أيضاً : اعتبار المفقود حيا حتى يتيقن من موته، وهذا الإعتبار يقوم على الإفتراض المحض، إذ المفقود هو

(١) راجع في هذا الحكم : حاشية الدسوقي، ج ٤، ص ٤٥٧، مواهب الجليل للخطاب، ج ٦، ص ٤٠٥، طبعة دار الفكر، الطبعة الثانية، ١٣٩٨ هـ = ١٩٧٨ م، المحلى لابن حزم، ج ٩، ص ٢٥٢، مسألة ١٧٠٦ - ١٠٧٩.

(٢) راجع : الأستاذ/ عبد الوهاب محمد المحامى في مقاله « لا تركة إلا بعد سداد الديون » منشورة بمجلة الشرائع، السنة الأولى، ص ٥٧.

من إنقطعت أخباره ولا يعلم حياته من مماته، ومعنى ذلك أن القول بأنه حي. أو القول بأنه ميت، هو قول بلا دليل، ولكن تركه كذلك دور حكمه. يترتب عليه إهمال مصالحه، ومن هنا قرر فقهاء المسلمين اعتبار المفقود حياً، فترة من الزمن - على خلاف بينهم في تقديرها -، يترتب على إنقضائها الحكم بموته، كما لو كان موته متيقناً، وواضح أن هذا الاعتبار يقوم على الافتراض لا الحقيقة، وهو افتراض لا يصطدم بالنصوص، ولا تأباه الشريعة الغراء^(١)

٢ - تناول القانون المدني الحيل بطريق الصورية، ولم يتكلم عنها فقهاء المسلمين صراحة، وإنما ذكروها في بعض أنواع البيوع، كطريق يراد به التخلص من خوف أو شدة، ومعنى ذلك أن الفقه الإسلامي تناول الصورية أيضاً وإن كان ذلك لا يصل للدرجة التي تناولها الفقه القانوني بها والتي كاد أن يجعل منها نظرية عامة غير أن الفقه الإسلامي تحدث عن الصورية بنوعيهما، المطلقة والنسبية، كما في حالة بيع التلجئة، والشفعة^(٢). ويمكن توضيح ذلك فيما يلي :

أ - بيع التلجئة :

هو ذلك النوع من البيع الذي يلجأ إليه المرء ليحامي ممتلكاته ممن يريد أخذها، ولا سبيل له إلى التخلص منها إلا بإبرام مثل هذا البيع، فهو ليس بيعاً حقيقياً، وإنما هو بيع صوري، تكون الصورية فيه شاملة العقد برمته، بمعنى أنها صورية مطلقة « كلية ».

ويطلق الفقهاء على هذا النوع من البيع الصوري، تسمية « التلجئة » لما يتضمنه من اللجوء إلى الغير، والإحتماء بستار صوري ينقذ به العاقد المتواطئ ماله من تريص غاصب، أو تسلط ظالم^(٣).

(١) انظر في المفقود : بدائع الصنائع للكاساني، ج ٦، ص ١٩٦، ١٩٧، تكملة المجموع للنووي، ج ١٦، ص ٦٧ - ٦٩، المغني لابن قدامة، ج ٧، ص ٢٠٥ - ٢٠٦، مواهب الجليل، ج ٦، ص ٤٢٣.

(٢) راجع في هذه المقارنة د. طلبة وهبة خطاب، أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون، دراسة مقارنة، ط ١ (١٩٨٣م)، ص ١٢٢، ١٢٣.

(٣) راجع في بيع التلجئة عند الفقهاء : المغني ج ٤، ص ٢٧٩. المجموع للنووي، ج ٩، ص ٣٣٤، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٧٦، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي =

ومعنى هذا أن بيع التلجة ماهو إلا إظهار عقد غير مقصود حقيقة، ومن ثم فإن إستخلاص عناصر الصورية فيه لا يحتاج إلى كبير عناء. هذا وقد اختلف الفقهاء فى حكم هذا البيع، فالشافعى وأبو حنيفة - فى غير ظاهر الرواية عنه - يذهبان إلى إنعقاد بيع التلجة، وترتب آثاره عليه، وذلك عملاً بالإرادة الظاهرة، التى صدرت من المتعاقدين، وإن كان هذا البيع باطلاً فى ظاهر الرواية عند أبى حنيفة (١).

فى حين أبطل الحنابلة هذا البيع، وفى ذلك يقول ابن قدامة: « بيع التلجة باطل، وبه قال أبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة والشافعى: هو صحيح، لأن البيع تم بأركانه وشروطه، خالياً من مفسد فصح، ولنا: إنهما ما قصدا البيع فلم يصح منهما كالهازلين (٢) ».

وهكذا نجد أن بيع التلجة يتنازع إيجابان الصحة والبطالان، ولما كنت قد اقترحت الأخذ بالإرادة الظاهرة عموماً فى الصورية من أجل التقليل منها أو القضاء عليها كلية، نظراً لخطورتها على المجتمع، فإن الأخذ بالإرادة الباطنة فى هذا البيع هو الأولى بالإعتبار، حيث أن هذه الإرادة تعنى أن البيع لا أساس له وأن المبيع على ملك صاحبه، وأن الإرادة الظاهرة ما وجدت إلا لضرورة اقتضتها، ومن ثم تنتهى بانتفاء هذه الضرورة، وتبقى الإرادة الباطنة هى المعول عليها.

= للدكتور / وحيد الدين سوار، ص ٣٩٦، المدخل الفقهى العام للدكتور / مصطفى الزرقا، ج ١، ص ٣٤٨، وانظر بيع التلجة على ما عرفت به المادة ١٧٩ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مشار إليها فى أحكام الإلتزام للدكتور / طلبة وهبة خطاب، المرجع السابق، ص ١٢٢ فقرة ١١٨.

(١) المجموع، ج ٩، ص ٣٣٤، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٧٦.
(٢) المغنى لابن قدامة، ج ٤، ص ٢٧٩، إقامة الدليل، المرجع السابق، ص ١٤٦، وانظر نص المادة ٢٣٥، فى مجلة الأحكام الشرعية، المرجع السابق، حيث تنص على أنه لا يصح بيع التلجة، فلو أشهد أنى أبيع خولاً ونقية، وباعه، كان البيع باطلاً مشار إليها فى أحكام الإلتزام، د. طلبة وهبة خطاب، ص ١٢٢، هامش ٦٥، القوانين الفقهية لابن جزى، ص ٢٧١.

ولذلك فإن الراجع في هذه المسألة - من وجهة نظرى - هو رأى الحنابلة، ومن وافقهم، حيث يترتب على الأخذ برأى الحنفية والشافعية جواز التمسك بالعقد ممن لجأ إليه المضطر لإجراء هذا البيع. ومن ناحية أخرى فإننى أرى أن هذا أسلوب حيلة قصد به الوقاية، فهو أشبه بالحيلة الجائرة فقهاً وقانوناً للحصول بها على الحق المجحود، فهذا أسلوب وقائى، وهناك أسلوب علاجى، ومن ثم فهو أقرب إلى التدليس الخير منه إلى الصورية على هذا النحو، وبالتالي فإن القول بالإرادة الباطنة والأخذ بها هو الأولى والأرجح كما فى التدليس الخير.

ب - صورية الثمن فى الشفعة :

إذا كان التلجئة يتضمن صورية فى نظر الفقهاء المسلمين، صورية تتناول العقد برمته، كذلك التى تحدث عنها فقهاء القانون المدنى، فإن الفقه الإسلامى أيضاً تعرض للصورية النسبية التى قال بها فقهاء القانون المدنى. وأوضح مثل على ذلك، ما لو اتفق الطرفان على جعل الثمن المذكور فى عقد بيع العقار أعلى بكثير من الثمن الحقيقى، مع احتفاظهما بإرادة باطنة للثمن الحقيقى فيما بينهما وذلك لمنع الشفيع من الأخذ بالشفعة.

ففى مثل هذا الفرض نجد أن هناك إرادة ظاهرة، وأخرى باطنة وأن الإرادة الباطنة لاتمضى كل أثر للإرادة الظاهرة، وإنما تغير فقط فى جزء من أجزائها، ويستفاد منه وجود صورية نسبية تتناول ركناً من أركان العقد، ولذلك فإن المادة ١٤٤ من مرشد الحيران تقضى بأنه «إذا أخبر الشفيع بمقدار الثمن فاستكثره فسلم فى الشفعة، ثم تحقق له أن الثمن أقل مما أخبره به، فله حق الشفعة»^(١).

وغنى عن البيان أن الفقهاء يققون من هذا الفرض نفس الموقف الذى قالوا به فى بيع التلجئة، فبعضهم على جوازه، والبعض الآخر على بطلانه مادام هناك إرادة مستترة، هى الإرادة الحقيقية للطرفين، وأخرى ظاهرة، التى لايعنيها المتعاقدان.

(١) راجع : مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان للعلامة محمد قدرى باشا، الطبعة الثانية، ١٩٨٣م، دار الفرجانى، القاهرة.

ويمكن القول بأن القائلين بالجواز من الفقهاء المسلمين - سواء بالنسبة لهذا الفرض أو بالنسبة لبيع التلجئة - يشترطون عدم إثبات الإرادة الحقيقية للأطراف، فإذا ما ثبتت بأى طريق كان، كان الحكم معولاً عليها، حيث يثبت أن الظاهر فى هذه الحالة لا وجود له، ومن هنا كان إختلاف الفقهاء فى مسألة الصورية - مطلقة أو نسبية - إختلاف على إثبات الإرادة الباطنة، فمن قال بالجواز جعل عبء الإثبات على عاتق من يدعيها، فإن أثبتها كانت هى المعول عليها فى الحكم كما أن من قال بالبطلان أوجب إثبات الإرادة الحقيقية أيضاً، وإلا فإن العبرة بالعقد الظاهر، ومن هنا كان الخلاف لفظياً لا حقيقياً بين الفقهاء^(١).

من هذه المقارنة يتضح أن الفقه الإسلامى فاق القانون المدنى فى شرح وتفصيل أنواع الحيل، وأن عدم تناول الفقه القانونى لكل أنواع الحيل التى تناولها الفقه الإسلامى، أنه يهتم أساساً بالمعاملات لا بالعقائد والعبادات، كما أن عدم تناول الفقه الإسلامى لبعض أنواع الحيل التى ذكرها الفقه القانونى، كالإفتراضات والصورية، بالشرح والتفصيل على النحو الذى ذكرت به فى القانون يرجع إلى أن هذه الأنواع ليست حيلاً بالمعنى الدقيق المفهوم عند الإطلاق، ولذا فإنه لم يتناول البحث فى مشروعيتها أو عدم مشروعيتها.

(١) فى تحقيق هذه المسألة انظر: الحيل فى الفقه الإسلامى، د. نجاشى على إبراهيم، دكتوراة ١٩٧٣، ص ٢٨٨ - ٢٩٢ وانظر تطبيقات للحورية عموماً: د. صبحى المحمصانى، النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الإسلامية، الطبعة الثالثة، ١٩٨٢م، دار العلم للملايين، بيروت، ص ٥٢٩ وما بعدها.

الفصل الثاني

مدى مشروعية الحيل في القانون المدني والفقه الاسلامي

. تمهيد وتقسيم:

من يتأمل تصرفات البشر يستطيع أن يدرك بسهولة أنها تمر بمرحلتين:
الأولى: يكون التصرف فيها مجرد فكرة تختمر في ذهن الانسان ولا يستطيع أحد أن يطلع عليها - الا الله سبحانه وتعالى - فيكون التصرف مجرد عمل نفسي، وعزم باطنى، وتصوير خفى لما يريد أن يصل اليه وينغى تحقيقه.

الثانية: حيث تظهر هذه الفكرة الداخلية إلى الوجود عندما يترجم الانسان عما انتواه في نفسه، وعبر عنه بوسيلة من وسائل التعبير، سواء كانت لفظاً أو كتابة أو إشارة أو فعلاً أو غير ذلك - على اختلاف بين الفقهاء في قوتها - مما يصح أن يكون تعبيراً عما بداخله واطهاراً لما انتواه^(١)، فيأخذ التصرف مظهرأ خارجياً يستطيع الناس معرفته والاطلاع عليه.

وهذا الأمر عام وشائع بين جميع البشر، ومن ثم فإن المحتال يشترك فيه مع غيره من الناس وبالتالي يترتب الحكم فى النهاية على التصرف المار بهاتين المرحلتين، ويكون الحكم فى مجمله أما مشروعاً وأما غير مشروع.

هذه المشروعية تختلف بشأنها وجهة نظر فقهاء القانون عنها من وجهة نظر فقهاء الشريعة الاسلامية، ولكل وجهة هو موليها، فمدلول المشروعية فى الفقه الاسلامى يختلف عن مدلولها فى القانون المدنى.

ولذلك فسوف أتناول هذا الفصل فى مبشرين هما:

المبحث الأول: مدى مشروعية الحيل فى القانون المدنى.

المبحث الثانى: مدى مشروعية الحيل فى الفقه الاسلامى.

* استخلاص ومقارنة، وذلك كما يلى:

(١) راجع فى تفصيل ذلك: د. عبد الرازق السنهورى، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ١ ص ٨٤، د. مصطفى الزرقا، المدخل الفقهى العام، ج ١، ص ٣١، الشيخ على الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، ص ١٩٦، د. عبد المجيد مطلوب، نظرية العقد - دراسة مقارنة، ط ١٤٠٦ - ١٩٨٦ م، ص ٩ وما بعدها.

المبحث الأول

مدى مشروعية الحيل في القانون المدني

تمهيد وتقسيم:

يلاحظ أن لفظ المشروعية لم يلق التحديد الواضح من قبل فقهاء القانون، فلم يتحدد مضمونه تحديداً دقيقاً ليساعد على أعمال كافة القواعد القانونية، وجريانها عليها بصورة واضحة، وأصبح من المسلم به أن لفظ المشروعية من الألفاظ المرنة القابلة للتغيير، بحسب ظروف كل قاعدة، ووفقاً لمعايير أخرى متعددة.

ومن الملاحظ أيضاً أن اصطلاح المشروعية "La Légitimité" هو أحد المصطلحات السائدة في كل فروع القانون الوضعي، وإن كان ذو حظ - من حيث استخدامه وتحديد مضمونه - في بعض هذه الفروع، حيث يمثل مبدأ أساسياً في ظل القانون الإداري، وفيه كتبت مؤلفات جمة عند الحديث عن القرار الإداري خاصة. ولذلك يرى فقهاء القانون الإداري أن اصطلاح مبدأ المشروعية هو الاصطلاح الذي يكاد يجمع على استخدامه الفقه المصري^(١).

(١) يرى البعض من فقهاء القانون الإداري استخدام اصطلاح الشرعية، وهو الترجمة الحرفية للاصطلاح الفرنسي المقابل La Principe de La Légalité دون أن يقصد بذلك تفضيل هذا الاصطلاح لأسباب موضوعية. راجع: د. محمد مرغني، مبدأ الشرعية وقضاء الألفاء ١٩٧٥/٧٤٢، ص ٢ (مذكرات) د. محمد كامل ليلة، الرقابة على أعمال الإدارة (الرقابة القضائية)، ط ١٩٧٠، ص ١٦. هذا وقد انتقد البعض هذا الاصطلاح (المشروعية موضوعياً وفضل عليه تسمية مبدأ سيطرة أحكام القانون العام، مجلة العلوم الإدارية، السنة ٧، عدد ٣، ص ٢٢٣. في حين رأى البعض الآخر أن الشرعية تعنى فكرة مثالية تحمل في طياتها معنى العدالة وما يجب أن يكون عليه القانون، وهو مفهوم واسع زمن ثم يفضل استخدام اصطلاح «المشروعية» الذي يفيد احترام قواعد القانون القائمة فعلاً (د. ماجد الحلوة، القضاء الإداري، ١٩٧٧، ص ١٠ - ١١)، وأنظر عكس هذا الرأي تماماً: د. كمال أبو المجد، الشرعية والمشروعية وحكم القانون، المحاماة السنة ٥٩، عدد ٦٥، ص ٦٥ - ٧٥.

وإذا كان اصطلاح المشروعية هو الاصطلاح السائد بين فقهاء القانون الإداري، فإن هؤلاء الفقهاء لم يتفقوا على تعريف محدد للمشروعية، وساعد على ذلك اختلاف مفهوم المشروعية، وفي العصور المختلفة، كما أن مفهومها الآن يختلف من دولة إلى أخرى حسب المذهب السياسي والفكرى السائد فيها^(١).

ومع ذلك فإن الفقه في مصر يكاد يجمع على أن مبدأ المشروعية يعني سيادة حكم القانون، فالمشروعية في معناها العام لا تعني أكثر من سيادة حكم القانون، بمعنى أن تكون جميع تصرفات الإدارة في حدود القانون، ويؤخذ القانون بالمعنى العام الشامل لجميع القواعد الملزمة في الدولة، وهذا التعريف في الحقيقة هو التعريف المناسب لمبدأ المشروعية وهو الذي اعتنقه المشرع المصري في دستور ١٩٧١، بحيث أصبح مبدأ سيادة حكم القانون مرادفاً تماماً لمبدأ المشروعية^(٢).

وهكذا نجد اصطلاح المشروعية لم يتم تحديد مضمونه في ظل أكثر فروع القانون استخداماً له تحديد دقيقاً، وإن كان الغالب في معناه في ظل هذا الفرع هو سيادة حكم القانون.

وليس الحال في ظل القانون الجنائي أكثر حظاً منه في القانون الإداري، حيث لم يلق هذا المصطلح التحديد الواضح والدقيق من رجال القانون الجنائي، فهم يطلقون لفظ الشرعية أو المشروعية الجنائية على مبدأ «لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون»، ويقصد بهذا المبدأ أن قانون العقوبات له مصدر واحد هو القانون، وبالتالي فإن الفعل يكون مشروعاً طالما لم يخالف نصاً من نصوص القانون، فإن خالفه كان غير مشروع؛ فالمشروعية بناء على ذلك إنما تعني أن يكون مصدر الفعل هو القانون، كما أن يكون القانون هو مصدر الإجراءات الجنائية، فهي من ناحية أفعال الأفراد لا بد وأن تطابق القانون، ومن ناحية عقابهم لا بد وأن ينطبق

(١) د. محمد الشافعي ابورأس، القضاء الإداري، عالم الكتب، ص ١٩ وما بعدها.

(٢) د. سليمان الطماوى، النظرية العامة للمقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، ط ٥ (١٩٨٤) ص ١٥، وأنظر: د. محمد الشافعي ابورأس حيث ذكر انكار جانب من الفقه لا تكون المشروعية هي سيادة حكم القانون، المرجع السابق، د. عبد الجليل محمد على، مبدأ المشروعية في النظام الاسلامي والأنظمة القانونية المعاصرة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، بكلية الحقوق عين شمس ١٩٨٣، الوسيط، ص ٦ وما بعدها.

عليهم القانون^(١).

وهكذا نرى ان لفظ المشروعية فى القانون الجنائى لا يكاد يتفق الفقه على مفهوم واضح له، فهو وان كان يعنى موافقته لنصوص القانون، الا انه يراعى فيه عدم الاضرار بمصالح الجماعة المحمية من ناحية اخرى.

هذا وقد استعمل المشرع لفظ المشروعية فى القانون المدنى - محل البحث - فى أكثر من موضع لعل أبرزها استعماله لهذا المصطلح وهو بصدد تقرير نظرية التعسف فى استعمال الحق (م ٤، ٥) كما استعمله ايضا عند الحديث عن السبب كركن من اركان التعاقد، حيث تطلب أن يكون لكل التزام سبب، وان يكون هذا السبب مشروعاً والا كان الالتزام باطلا (م ٢/١٣٧)، كما انه ذكر لفظ المشروعية ايضا وهو يقرر قواعد المسؤولية عن الاعمال الشخصية (م ١/١٦٤).

كما تناول فقهاء القانون المدنى هذا الاصطلاح فى كثير من تقاريرهم، ومنها على سبيل المثال، ان يكون محل الالتزام مشروعاً، والا كان باطلاً، وقد ساقه المشرع فى هذا الموضع بمفهوم المخالفة دون ذكر مشروعية المحل (م ١٣٥)، كما عمد القضاة فى مصر إلى تقرير مشروعية الاعمال التى تأتىها الافراد والا كانت باطلة.

وليس ثمة شك فى ان المشروعية فى كل هذه المواضع لا تحتل معنى محدداً، بل هى تطبيق لمعنى متغير، اذ يختلف معنى المشروعية تبعاً لاختلاف الزمان والمكان ولهذا لم يعن المشرع بتحديدده او وضع اية ضوابط بشأنه، تاركاً ذلك للفقه والقضاء بل ان القضاء رأى فى المشروعية فكرة عامة مبهمة، تتكون منها مبادئ عامة ولهذا عارض تصنيفها تصنيفاً قانونياً^(٢).

فقد كان لفظ المشروعية نفسه محل الجدل والنقاش عند وضع القانون

(١) د. أحمد فتحى سرور، الشرعية والاجراءات الجنائية، ط ١٩٧٧، ص ١٠٦ وما بعدها وأيضاً،

الوسيط فى قانون العقوبات، ج ١، القسم الأول، دار النهضة العربية ١٩٨١، ص ١٢٣ وما بعدها.

(٢) د. محمد شوقى السيد، التعسف فى استعمال الحق، معياره وطبيعته، الهيئة المصرية العامة

للكتاب، ١٩٧٩، ص ١٩٩، نبذة ٢٠٧.

المدنى الجديد، وقد وضع ذلك فى نص المادة الرابعة من القانون الجديد رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ حيث تنص على ان «من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً، لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر. وبالرجوع إلى الاعمال التحضيرية لصياغة هذه المادة، وجد أن هذا النص ليس له مقابل فى القانون المدنى القديم، وقد اقترحه الدكتور السنهورى كما وافقت عليه اللجنة ومجلس النواب كما هو دون ادخال اى تعديل، بينما وافق عليه مجلس الشيوخ بعد ان استبدل كلمة (مشروعاً) بكلمة (جائزاً)^(١).

وهذا يعنى ان المشروعية - كفكرة كانت محل جدل لدى واضعى القانون المدنى وأنها فى نظر البعض تختلف عن الجواز.

وقد ذكر الفقه، ان المشروعية انما تعنى عدم مخالفة نصوص القانون، فما كان موافقاً لنصوصه، كان مشروعاً والا كان غير مشروع، كما يتصل بالمشروعية لدى الفقهاء ايضا ان لا يكون التصرف - ايا كان نوع - مخالفاً للنظام العام أو الآداب^(٢).

ويمكن القول بأن عدم المشروعية فى نظر فقهاء القانون المدنى يكون راجعاً إلى مخالفة نص القانون، أو مخالفة النظام العام أو الآداب^(٣)، على أن نص القانون لا يكفى لتحديد معنى المشروعية - من وجهة نظرنا على الاقل - اذ نجد بعض نصوص القانون متعارضة مع بعضها البعض، ومن أمثلة ذلك: يعمل القانون دائماً على تجنب الغش فى المعاملات، وان الغش يكون سبباً لبطالان التصرفات، وفقاً للمبدأ اللاتينى القائل بأن الغش يفسد كل أمر *Fraus amnia corrumpit* ومع ذلك نجد القانون كما لو كان يعطى الضوء الاخضر للأفراد للتعامل بالغش. ويبدو ذلك واضحاً فى عقد الهبة الذى يشترط القانون له ان يتم فى شكل معين،

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى، ج ١، ص ١٩٩، ٢٠٠.

(٢) د. السنهورى، الوسيط، ج ١، المجلد الاول، العقد، ط ٣، دار النهضة العربية ١٩٨١. ص ٥٣٣، نبذة ٢٢٧، أنور الممرسى، التعليق على نصوص القانون المدنى المعدل، ج ١١ دار المطبوعات الجامعية ١٩٨٣، ص ٣١.

(٣) انظر الأستاذ/ محمد كمال عبد العزيز، التقنين المدنى المعدل فى ضوء الفقه والقضاء، ج ١ ١٩٨٤، ص ٨٠، نادى القضاة.

وغالبا لا يشترط القانون فى تصرف ماشكلا معينا الا لاعتبارات ذات قيمة قد يكون مردها خطورة هذا التصرف، ومن ثم التفكير فيه قبل الاقدام عليه، وتكون الشكلية فى هذه الحالة بمثابة التروى قبل ابرام هذا التصرف، ومع ذلك نجد القانون يسمح للأفراد بأن يتعقد عقد الهبة فى صورة اى عقد آخر لا يشترط له القانون شكلا معينا (م ١/٤٨٨) وفى هذه الحالة يغفل الأفراد الشكل المطلوب، فتختفى حقيقة ماقصده المشرع او يكون ذلك من جانب الأفراد تهربا من رسوم الشكلية المشترطة فى هذا العقد مما يشكل غشا نحو الخزنة العامة^(١).

وكذلك فان القانون المصرى جعل العبرة فى نقل ملكية العقارات بأمرين هما: العقد الصحيح الناقل للملكية وهو أصلى أساسى، والتسجيل وهو عنصر تبعى لعنصر العقد الصحيح الناقل للملكية، وبالتالى فانه يجوز للبائع ان ينقل ملكية عقاره لأكثر من يشترط، وتكون العبرة بنقل الملكية لاحدهم بالتسجيل، غير ان القانون لم يشترط ولو من بعيد لتواطؤ البائع مع احد المشترين التسجيل له - خاصة وأن نظام الشهر العقارى فى مصر يأخذ بنظام الشهر الشخصى - بهدف حرمان المشترين الآخرين، وفيه من القصور ما فيه، وان كان الفقهاء قد عالجوا هذا القصور فى مؤلفاتهم، غير انهم مع ذلك اختلفوا فيها اذا كان لهذا التواطؤ أثر على نقل الملكية أم لا؟^(٢)

هذا وقد يعتد القانون فى كثير من الاحيان بالعبارة الصادرة من المتصرف، ويعول عليها فى بناء الاحكام، فى حين يجعل العبرة بالارادة الحقيقية فى تصرفات أخرى، وبالتالى نجد أن القانون غير منضبط فى مثل هذه المسألة حيث لم يضع لها ضابطا معينا يحكمها، بل انه يتضارب فى التصرف الواحد بين

(١) يرى البعض أن ذلك ابتكار فكري واجتهاد ذهني لايرمى إلى الافلات من القانون (د. عدلى أمير، كسب الملكية العقارية بالحيازة، رسالة دكتوراه، ١٩٩١، جامعة الاسكندرية، ص ٣٧٦).

(٢) راجع فى تفصيل هذه المسألة واختلاف الفقهاء بشأنها، د. شمس الدين الوكيل فى مقال «أثر الفش على الأسبقية فى التسجيل» مجلة الحقوق، السنة الثامنة (١٩٥٨ - ١٩٥٩) العددان الاول والثانى، مطبعة جامعة الاسكندرية، ص ٦٣ - ١١٩.

الارادة الظاهرة والارادة الباطنة كما في حالة الصورية على نحو ماسبق في تعريف الحيل بطريق الصورية، حيث يعتد بالوضع الظاهر بالنسبة للغير، في حين لا يعتد الا بالوضع الحقيقي فيما بين المتعاقدين وبالتالي يلقي على المتعاقدين عبئا جديدا، في الاثبات، وبسببه تطول المنازعات دون اية مبررات تستدعي ذلك^(١).

ولهذا ونحوه كان الاعتداد بنصوص القانون لتحديد معنى المشروعية غير كاف ولذلك وجدنا من الفقهاء من يحاول وضع مفهوم دقيق لمعنى المشروعية غير ذلك المفهوم الواسع فيذكر ان نص القانون الذي يمنع من التعامل في الشيء يكون مبنيا على اعتبارات ترجع في ذاتها إلى فكرة النظام العام والآداب، فما ورد فيه نص يحرم التعامل في شيء ما، فانما هو في الوقت عينه مخالف للنظام العام أو الآداب، أو لهما معا، ووجود النص في القانون دليل على عناية المشرع بالأمر فأنظر ان يورد له نصا، أو هو ايضاح في مقام قد يكون عدم النص فيه مؤديا للغموض، فمعيار النظام العام والآداب اشمل وأدق باعتباره يتناول مانص عليه القانون وماغفل عنه أما لقصوره - وهو من وضع البشر، وأما لترك ذلك للفقهاء والقضاء^(٢).

وهكذا نجد في فكرة النظام العام والآداب معيارا دقيقا إلى حد ما لتحديد معنى المشروعية وان كان معيارا مرنا - غير منضبط - ، اذ النظام العام والآداب انما هي فكرة لا تحدها حدود، ولا تضبطها قواعد، بل هي متغيرة بتغير الزمان والمكان، فما كان من النظام العام أو الآداب في بلد ما، بحيث لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفته، قد يكون غير ذلك في بلد آخر، ويجوز للأفراد ابرام التصرفات التي تنطوي على مخالفته، وقد يتغير ذلك بتغير الزمان نفسه، فهي اذن فكرة مرنة قابلة للتغيير والتعديل.

وبالرغم من مرونة فكرة النظام العام أو الآداب^(٣) الا انها تصلح أساسا يمكن

(١) راجع وجهة نظري في الاخذ بالارادة الظاهرة (الحيل الصورية، ص ١٩١ من هذه الرسالة).

(٢) د. السنهوري، المرجع السابق، ص ٥٣٣، د. عبد الناصر المطار، نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص ١٢٨.

(٣) راجع الفكرة بالتفصيل: د. حمدي عبد الرحمن، المدخل إلى القانون، ط ١٩٧٧، ص ٩١ ومابعدها، د. السنهوري المرجع السابق، ٥٣٤، ومابعدها، د. انور سلطان المبادئ القانونية العامة، ١٩٧٤، ص ٣٩ ومابعدها، د. سمير تناغو «النظرية العامة» المرجع السابق ص ٨٩ ومابعدها.

الاعتماد عليه في تحديد معنى المشروعية، إذا ما أخذنا في الاعتبار ماطبقه القضاء في هذا الشأن من الأخذ بالنوايا والبواعث كقرينة لمعرفة ماذا كان تصرفاً ما مشروعاً أو غير مشروع، وهذه مسألة موضوعية لاتصلح فيها ضوابط قانونية^(١).

ويمكن القول بأنه إذا كان معيار النظام أو الآداب معياراً مادياً في حد ذاته إلا أن النية كثيراً ما تكون العلة الأساسية لنفي صفة المشروعية عن التصرف محل البحث^(٢).

ولما كنا قد انتهينا إلى تقسيم الحيل في القانون المدني إلى أنواع رئيسية ثلاثة، هي الافتراضات القانونية، والحيل التدليسية، والحيل بطريق الصورية، فإنه من الجدير لمعرفة مدى مشروعية هذه الحيل في القانون، إن أعقد مطلباً خاصاً لكل نوع منها، متتبعا مدى مشروعيتها، وذلك بعرضه على تلك القواعد التي انتهينا إليها وهي قواعد النظام العام أو الآداب والتي هي بدورها قواعد التشريع من باب أولى أخذنا في الاعتبار ما اتبعه المتصرف في تصرفه من سلوك قام به وهدف رمى إليه، ولذلك فسوف أتناول هذا الفصل في مطالب ثلاثة متتالية وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

مدى مشروعية الحيل القانوني

الحيلة القانونية هي إحدى الوسائل الفنية لصياغة القاعدة القانونية، وهي وسيلة عقلية تقوم على تصوير ذهني بحث لخلق تصورات عقلية تنسجم مع الواقع بالرغم من مخالفتها له ولذا جاء في تعريفها بأنها «كذب فني تقتضيه الضرورة»^(٣).

(١) د. محمد شتا، النية في القانون المدني، مقال منشور بمجلة هيئة قضايا الدولة العدد الرابع، السنة ٣٢، أكتوبر - ديسمبر ١٩٨٨، ص ٧٣.

(٢) استئناف مصر ١٩٢٨/٣/١، المجموعة الرسمية، ص ٢٩، رقم ١٠٧، رقم ٥٠.

(٣) هكذا عرفها الفقيه الألماني إمرغ Ihering مشار إليه في رسالة د. منصور مصطفى، نظرية الحلول لعيني، فقرة ٦٤، وكذا د. أبو زيد عبد الباقي مصطفى، الافتراض ودوره في تطوير القانون، فقرة ٤، ص ٧.

وهذه الحيلة تقوم دائما على افتراض امر مخالف للمواقع ولذا جاء في تعريف الفقه المصرى لها بأنها وسيلة عقلية لازمة لتطوير القانون، تقوم على أساس افتراض امر مخالف للحقيقة دائما، يترتب عليه تغيير حكم القانون دون تعبير نصه^(١) وهذا مادفع البعض إلى التعبير عنها بلفظ الافتراض

ويمكن القول بأن هذا النوع من الحيل ينظر اليه بواسطة من يقوم به، حيث لجأ اليه الافراد أولا للهروب من حظيرة النصوص القانونية المقدسة، والتي ماكانوا يجرونها على مخالفتها^(٢)، ثم مالبث ان لجأ اليها القائمون على تفسير القانون من الفقهاء والقضاة، فضلا عن انها وسيلة عقلية لجأ اليها المشرع وهو بصدد صياغة القاعدة القانونية

فمن نظر إلى هذه الحيلة باعتبارها عملا من أعمال الافراد اطلق عليها لفظ الحيلة، ومن نظر اليها باعتبارها من عمل المشرع، وتفسير الفقهاء والقضاء جعلها افتراضا محضا، غير انه افتراض يقوم دائما على مخالفة الحقيقة، فكان حيلة من الحيل، غاية الامر انها حيلة قانونية، لها اهدافها ولها مغزاها، لذا فقد عبر البعض عنها بلفظ الحيلة رغم انها من صميم عمل المشرع وهو بصدد صياغة القاعدة القانونية^(٣).

ولذلك فالتنا لا نكون قد تجاوزنا الحقيقة اذا عبرنا عنها بلفظ «الحيل الافتراضية» تمهيدا لمناقشة مدى مشروعيتها من عدمه.

ويبدو للوهلة الاولى ان هذا النوع من الحيل - باعتباره من اعمال المشرع - غير قابل لبحت مدى مشروعيته من عدمه، لان المشرع لا يقوم باعمال غير مشروعة، وفقا لما تقضى به القواعد القانونية، ومع ذلك فانه ينبغي علينا ان نعمل

(١) د. حسن كيرة، اصول القانون، ص ٢٤٨، د. عبد الناصر العطار، الوجيز في تاريخ القانون، ج ١، ص ١٧٨، د. على بدوى، ابحاث الترخيص العام للقانون، ج ١ تاريخ الشرائع ١٩٣٦، ص ٥٤، د. عبد الحى حجازى، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج ١، القانون (وفقا للقانون الكويتى) ١٩٧٢، فقرة ٣٣٢

(٢) د. ابو زيد عبد لباقي مصطفى، المرجع السابق، ص ٥٢، فقرة ٣٠، د. هشام صادق، د. عكاشة عبد العال، تاريخ النظم، القانونية والاجتماعية، ١٩٨٧، ص ٢٣٨

(٣) د. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، ١٩٨٥، فقرة ١١٩، ص ٤٠٠

الضوابط التي انتهينا إليها في التمهيد لهذا الفصل لفصل في النهاية الى تقرير حول مدى مشروعية هذا النوع من الحيل، فترى مدى مطابقته لقواعد القانون، ومدى موافقته لفكرة النظام العام او الاداب، سالكا في ذلك تتبع كل من الوسيلة والغاية.

وتجدر الاشارة الى انه اذا كان هذا النوع من الحيل مشروعاً، وفقاً لما يقوم به المشرع والقائمون على تفسير القانون، فإن الامر يدق بالنسبة للحيل التي يباشرها الافراد من هذا القبيل، وهو ما يتطلب بحث دور الحيلة - الافتراضية - في الماضي والحاضر، سواء قام بها المشرع او باسرها الافراد.

ولعل البحث عن دور هذه الحيلة في ظل القانون الروماني - الذي نشأت في ظله - يعكس لنا دورها في الماضي، ويكشف لنا - وبدقة بالغة - مالمعته هذه الحيلة في تطوير الشرائع القديمة بصفة عامة، والقانون الروماني بصفة خاصة.

لذا فسوف اكتفى ببحث دورها في ظل القانون الروماني، لمعرفة هذا الدور الذي لعبته في الماضي، ثم اتناول بعد ذلك دورها في العصر الحديث وبصفة خاصة في ظل القانون المصري وذلك في فرعين متالين على النحو التالي:

الفرع الأول

دور الحيلة القانونية في القانون الروماني

يعتبر القانون الروماني - ويحق - مرآة صادقة لكل الشرائع القديمة، حيث ساد جميعها من حيث الشكل والمضمون، وذلك نظراً للملكة القانونية الفزة التي انصف به صانعوها، ولهذا فان مناقشة دور الحيلة في هذا القانون يغني الباحث عن مناقشة دورها في كل الشرائع القديمة .

ويمكن القول بأن القانون الروماني اتسم بالشدة في احكامه، والشكلية في اجراءاته، وظل على ذلك زمنا طويلا، الا أن الحياة في روما تغيرت، وأصابها التطور، الأمر الذي استدعى معه أن تتغير قواعد هذا القانون، ولما كان من الصعوبة المساس بهذه القواعد، لما لها من أهمية نزلت في النفوس منزلة التقديس لدى الشعب الروماني، لجأ أفراد هذا الشعب إلى الحيلة للخلاص من شدة هذه

النصوص وقسوتها، وأمام الحاح الحاجة إلى التطوير والتغيير، لجأ إليها أيضا الحاكم القضائي الروماني (البريتور) والفقهاء الرومان، بل والمشرع نفسه وهو يصدد تطوير هذا القانون، حيث وجد الجميع في الحيلة صالتهم المنشودة، التي يستطيعون بها مسايرة ركب التطور، وملاحقة الأحداث المتجددة، فعملوا عليها وعملوا بها، خاصة وأنها وسيلة عقلية نفترض التغيير في أحكام القانون دون التغيير في نصوصه وقواعده.

وهكذا لجأ إليها الأفراد أولا، ثم مالئ أن لجأ إليها القائمون على تفسير القانون من الفقهاء والقضاة فضلا عن المشرع نفسه.

وتنقسم الحيل الافتراضية في القانون الروماني إلى عدة تقسيمات وذلك بحسب الزاوية التي ينظر إليها منها^(١).

فإذا نظرنا إلى الحيلة من زاوية من يقوم بها، امكن تقسيمها إلى حيلة قضائية يقوم بها الحاكم القضائي الروماني (البريتور)، وحيلة تشريعية يقوم بها المشرع الروماني، وحيلة فقهية يقوم بها الفقهاء المفسرون، وأخيرا حيلة فردية يقوم بها الافراد انفسهم حيال القانون الروماني.

ونستطيع أن نؤكد أن هذا التقسيم للحيلة - في القانون الروماني - من هذه الزاوية - هو الذي يعطينا الوسيلة المستخدمة لها والتي يمكن الحكم عليها باعتبارها مشروعة أو غير مشروعة. فهذه هي الوسيلة.

أما اذا نظرنا إليها من زاوية الدور الذي تؤديه، فانه يمكن تقسيمها إلى حيلة تؤدي إلى خلق نظم قانونية جديدة، وحيلة تؤدي إلى تخفيف آثار بعض النظم القانونية القائمة، وأخيرا حيلة تؤدي إلى تبرير بعض النظم القانونية المعمول بها.

ويمكن القول أيضا بأن هذه هي الغاية التي يستدل منها على مشروعية هذا النوع من الحيل أو عدم مشروعيته. وبعرض هذه الحيل على قواعد النظام العام أو الآداب، وكذا بمناقشة الوسيلة والغاية يتضح مدى مشروعية الحيل الافتراضية في ظل القانون الروماني، وذلك على النحو التالي:

(١) د. ابو زيد عبد الباقي مصطفى، المرجع لسابق، ص ٥٣.

أولاً: الوسيلة:

لما أمكن تقسيم الحيلة - فى ظل القانون الرومانى - إلى حيلة قضائية، وقهية وتشريعية، وفردية، وذلك بالنظر إلى من يقوم بها، فإن الوسيلة المستخدمة اما أن تكون هى الأخرى وسيلة قضائية أو قهية أو تشريعية أو وسيلة فردية، فلكل من هذه الأنواع وسيلة مستخدمة، هذه الوسيلة اما أن تكون مشروعة، وأما أن تكون غير مشروعة ويمكن توضيح ذلك بالأمثلة كمايلي:

١- الحيلة القضائية:

قسم القانون الرومانى الاموال إلى نفيسة وغير نفيسة، واستلزم لانتقال ملكية الاموال النفيسة اتباع اجراءات شكلية معينة، تنحصر فى استعمال الاشهاد، والدعوى الصورية، وبدون هذين الطريقتين لا تنتقل ملكية الاموال النفيسة، بينما كان يكتفى فى نقل ملكية الاموال غير النفيسة بالتسليم^(١).

غير أن التعامل فى ظل المجتمع الرومانى وانتقاله من مجتمع زراعى إلى مجتمع تجارى، أصبح لا يحتمل هذه الاجراءات الشكلية المعقدة، مما أدى إلى فقد هذا التقسيم - للاموال - لاهميته، بحيث أصبح انتقال ملكية الاموال النفيسة يتم دون اتباع هذه الاجراءات، شأنها فى ذلك شأن الاموال غير النفيسة.

ولكن اذا فقد واضح اليد الذى انتقلت اليه الملكية، وضع يده على هذه الاموال فانه لا يجد النصوص القانونية التى تحميه، ولا يستطيع أن يستعمل دعوى استرداد الملكية، لانه فى نظر القانون غير مالك، نظرا لانه لم يتبع الاجراءات الشكلية التى نص عليها فى تملك هذا النوع من الاموال، ومن ثم لم يكن أمامه الا التمسك بالملكية على اساس التقادم^(٢)، اذا توافرت شروطه، وهى حسن النية، والسبب الصحيح، ومضى المدة (وكانت ستان فى العقار، وسنة فى المنقول).

(١) راجع معنى الاشهاد والدعوى الصورية والتسليم فى التمهيد لهذه الرسالة والمراجع التى اشترت اليها، وراجع بصفة خاصة فى معنى الاشهاد والدعوى الصورية كطريقتين لنقل الملكية الاختيارية فى القانون الرومانى القديم، د. أحمد مرزوق فى رسالته «نظرية الصورية فى التشريع المصرى»، ١٩٥٧، ققرة (٥) ص ١٩ وما بعدها.

(٢) تملك المال بالتقادم، من الطرق المنصوص عليها فى قانون الألواح الأثنى عشر (د. عمر ممدوح، أصول تاريخ القانون، ص ٧٦).

فاذا توافرت هذه الشروط عدا شرط مضي المدة فإن البريتور (الحاكم القضائي). ابتدع حيلة بمقتضاها كان يفترض ان شرط مضي المدة قد تحقق، خلافا للواقع، وذلك لحماية المالك الذي فقد حيازته للشيء النفيس الذي يملكه، بالرغم من عدم اتباعه للاجراءات التي نص عليها القانون الروماني.

وعن طريق هذه الحيلة نشأ نظام جديد في القانون الروماني من نظم الملكية سمي بالملكية البريتورية، بمقتضاه كان يتم انتقال الملكية في الأموال النفيسة، بمجرد التسليم دون اتباع للاجراءات الشكلية التي يتطلبها القانون الروماني.

ويلاحظ أن هذا النظام الجديد سمي بذلك «الملكية البريتورية» *Propriété Prétorienne* حيث كان البريتور هو الذي يحميها لاقواعد القانون الروماني، وكانت هذه الملكية تتحول بمضي المدة - وفقاً لقانون الألواح الأثنا عشر - إلى ملكية رومانية بفضل نظم التقادم المقرر في هذا القانون^(١).

هكذا نجد الوسيلة التي استخدمها الحاكم القضائي الروماني لخلق هذا النوع الجديد من انواع الملكية الرومانية ما هي الا وسيلة قصد بها حماية المالك الذي فقد حيازته للشيء الذي يملكه ولم يكن بوسع اللجوء الى طريقة اخرى يقرها القانون الروماني لحماية أمواله النفيسة، فهي اذن وسيلة مشروعة حيث لم يتدخل فيها الافراد بمحض ارادتهم ولم يكن الغرض منها غشاً بل توسيعاً وابتداعاً جديداً لنظم قانونية من شأنها مسايرة ركب التطور في الحياة الرومانية الجديدة.

(٢) الحيلة الفقهية :

كانت القاعدة العامة في القانون الروماني أن للوارث الخيار بين قبول التركة أو رفضها، وكانت التركة في الفترة بين وفاة المورث وقبول الوارث لها تسمى

(١) د. علي بدوي، مبادئ القانون الروماني، ١٩٣١، ص ١٤٧ - ١٥٠، د. عبد المنعم البدر،

مبادئ القانون الروماني، ١٩٥٦، ص ٣٧٢ - ٣٨٣، د. عمر ممدوح، أصول تاريخ القانون، ط

٢، ١٩٥٣، فقرة ٦٠، ص ٧٥ وما بعدها، د. ابو زيد مصطفى، المرجع السابق، فقرة ٣١، ص

بالتركة الشاغرة، لأنه لم يكن لها مالك، بحسب أن مالكة الأصيل قد مات
كما أن الخلف لم يحدد موقفه منها قبولاً أو رفضاً، مما كان يؤدي من الناحية
العملية إلى مشاكل كثيرة.

وتفادياً لهذه المشاكل لجأ الفقهاء الرومان إلى حيلة مفادها. اعتبار الوارث
الذى قبل التركة مالكة لها، لا من تاريخ صدور القبول من جانبه فحسب وإنما
من تاريخ وفاة المورث، كما استعانوا بحيلة أخرى حيث افترضوا أن المورث ما يزال
على قيد الحياة، ومن ثم يبقى مالكة للتركة، وتستمر ملكيته لها حتى يقبلها
الوارث، وقد اعتمدوا على الحيلتين جنباً إلى جنب، حسب ما تدعو إليه الظروف
ومصلحة الوارث.

وبلاحظ أن هذه الحيلة التى لجأ إليها الفقهاء الرومان ما هى إلا حيلة عقلية
وتصوير ذهنى بحث، تتمشى مع قواعد النظام العام والآداب - كالحيلة
القضائية السابقة - فضلاً عن أنها لا تخالف نصاً من نصوص القانون الرومانى،
فكانت حيلة مشروعة من حيث وسيلتها. كما أنها مشروعة أيضاً من
حيث غايتها، وذلك لأن الفقهاء قالوا بها للتغلب على كثير من المشاكل -
من الناحية العملية - لو لم يأخذوا بها، ولعل أبرزها جواز تملك هذا المال
من أى شخص غير الوارث إذا ما قيل باباحته لعدم وجود مالك له^(١).
وأرى أن هذه الحيلة، ما هى إلا تقرير لمبدأ الأثر الرجعى المقرر فى القوانين
الحديثة، وغالب الظن أن هذه القوانين قد ورثت مثل هذه المبادئ عن القانون
الرومانى.

(٣) الحيلة التشريعية :

الأسر فى الحروب كان سبباً من أسباب الرق فى القوانين القديمة، وكان
القانون الرومانى يقر ذات المبدأ، ومن ثم فإن من يتم أسره من الرومان يعتبر رقيقاً،

(١) د. هشام صادق وعكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ٢٤٢، د. أبو زيد مصطفى، المرجع
السابق، ص ٥٨، ٥٩، وفيه أن الفقيه الرومانى «جوليانوس» هو الذى توصل إلى هذه الحيلة

وبالتالى، يفقد شخصيته القانونية، سواء فى ظل القانون الرومانى أو فى ظل القوانين الأجنبية.

غير أن القانون الرومانى فى بداية عهده لم يكن يعترف بالقوانين الأجنبية، ولذا كان ينظر إلى الرومانى الذى تم أسره على أنه - وبالرغم من أن اعتباره رقيقاً فى عين القانون الأجنبى - ما يزال مواطناً رومانياً حراً، فإن عاد إلى روما كان يعد حراً.

وفى تطور لا حق اعترف القانون الرومانى بقانون الشعوب، ذلك القانون الذى كان يجعل من أسر رقيقاً، ومن ثم يفقد شخصيته، وأمام اعتراف القانون الرومانى بهذا القانون ثارت عدة صعوبات أبرزها حالة وفاة الأسير الرومانى، فإذا أسر أحد الرومان وتوفى فى الأسر، فإن تركته لا تنتقل إلى ورثته، لأنه عند موته كان قد فقد شخصيته القانونية بالأسر فى ظل القانون الرومانى أو فى ظل قانون الشعوب الذى اعترف به القانون الرومانى.

وأمام هذه الصعوبة لجأ المشرع الرومانى إلى حيلة مؤداها: افتراض أن الأسير الرومانى قد مات فى ذات اليوم الذى أسر فيه، أى أنه مات وهو حر قبل أن يفقد شخصيته بالأسر ويصير رقيقاً، ومن ثم تكون وصيته التى صدرت عنه قبل الأسر صحيحة لا غبار عليها، وتنتقل بذلك تركته إلى ورثته.

هذا وقد نص المشرع الرومانى على هذه الحيلة فى قانون يعرف بقانون كورنيليا^(١)، ومن الواضح أنها حيلة راعى فيها المشرع مصلحة الأفراد، دون إلحاق الضرر بالغير، فكان فى ذلك متفقاً مع ما تقضى به العدالة وقواعد الشرع، ومن ثم كانت وسيلته فى ذلك مشروعة لأغراض مشروعة بطبيعة الحال.

(١) د. أبو زيد مصطفى، المرجع السابق، ص ٥٩، د. هشام صادق وعكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ٢٤٣.

(٤) الحيلة الفردية :

استخدم الأفراد - فى ظل القانون الرومانى - الوانا شتى من الحيل ، بهمنا منها الآن ذلك النوع من الحيل الذى يمكن أن نطلق عليه «حيل افتراضية» ، كما انتهيا اليه .

وهذا النوع من الحيل باشره الأفراد أيضا ، وكان ذلك على مرأى ومسمع من السلطة القضائية ، إلا أنه لم يكن بوسعها مناقشته ، نظراً لأنه ليس من ذلك النوع الذى يخالف نصا قانونيا ، أو يهدم اصلاً تشريعيا .

وكان الأفراد عادة يستعملون هذا اللون من الحيل تحت مسمى «الدعوى الصورية» وهى اجراء يتم بين طرفين ، الهدف منه طرح الأمر فى صورة منازعة ، وهو ما يخالف الواقع ، أمام البريتور ليقتضى فى الأمر المزعوم ، والمخالف للحقيقة لصالح أحدهما .

وقد استخدمت دعوى الصورية هذه كوسيلة لتحقيق التبنى ، ولعق الرقيق ولنقل الملكية ، وفى التبنى كانت الدعوى ترفع من المتبنى على المتبنى ، ودعوى العتق كانت ترفع من وكيل الرقيق على السيد ، ودعوى الملكية كانت ترفع من المشتري على البائع ، وفى هذه الدعاوى كان المتبنى يقر بحق المتبنى ، كما يقر السيد بحرية الرقيق ، والبائع بملكية المشتري ، وكان الحاكم القضائى يصادق على ذلك دون أن يتعرض لمناقشة الأمر^(١) .

وهكذا نجد أن الحيلة القانونية استخدمها الأفراد أيضاً فى ظل القانون الرومانى ، وأقرها القضاء دون مناقشة ، مما يدل على أن الوسيلة المستخدمة فى ذلك كانت تتفق ونصوص القانون ، بهدف تحقيق مصالح الأفراد ، ودون الخروج على الشرعية القانونية .

وبذلك يتضح مشروعية هذا اللون من الحيل حتى عندما يباشره الأفراد ، وهو يختلف عن ذلك النوع من الحيل الذى كان الأفراد يباشرونه بهدف خرق

(١) د. هشام صادق ، وعكاشة عبد العال ، المرجع السابق ، ص ٢٤٦ ، قارن د. ابوزيد مصطفى المرجع السابق ، حيث يرى أن هدف الأفراد من هذه الحيلة هو مخالفة القانون ، ص ٩٠ ، فقرة ٣٤ ، وأنظر ققى هذه الحيلة الفردية أيضاً : د. عمر ممدوح ، المرجع السابق ، فقرة ٦٣ ، ص ٨٠ ، ٨١ .

نصوص القانون. والعمل على مخالفته، والذي يدخل ضمن أنواع الحيل الأخرى التي ستفرد لها مطالب خاصة، كالحيل التدليسية، والحيل بطريق الصورية، حيث وقعت مثلها من الأفراد في العهد الروماني.

ثانياً: الغاية :

لعبت الحيلة - في ظل القانون الروماني - دورها لتحقيق أكثر من هدف، فاستخدمت حيناً لابتداع بعض النظم القانونية، وحيناً آخر لتخفيف وتلطيف آثار بعض النظم القائمة، وأخيراً استخدمت كوسيلة لتبريز بعض النظم القانونية المعمول بها وذلك على النحو التالي:

١- استخدام الحيلة كوسيلة لابتداع نظم قانونية جديدة:

استخدم الرومان الحيلة بوصفها أسلوباً لاستحداث نظم قانونية جديدة، لم تكن قائمة وقت وضع القانون، ومن ثم لم يكن ليشمله، وذلك حتى مواجهة التطور الاقتصادي والاجتماعي المتغير عما كان عليه الحال وقت وضع النصوص، وقد تعددت النظم التي تم استحداثها عن طريق الحيلة ومنها على سبيل المثال ابتكار نظام الملكية البريتورية، واستحداثها نظام انتقال الالتزام، وكذا مبدأ النيابة في التعاقد.

أما نظام الملكية البريتورية فقد عرفناه عند الكلام عن الوسيلة التي استخدمها الحاكم القضائي في هذا النوع من الحيل، ولذا سوف أقصر الكلام على انتقال الالتزام والنيابة في التعاقد كما يلي:

أ- انتقال الالتزام (حوالة الحق وحوالة الدين) عن طريق الحيلة:

تقضي القاعدة القانونية عند الرومان بأن الالتزام الناشئ بين شخصين يظل قائماً بينهما، إلى أن ينقضي، وقد ترتب على أعمال هذا المبدأ بحرفيته أنه لم يكن من الممكن انتقال الالتزام، لاسلباً ولا إيجاباً، فلم يكن في المقدور حوالة الدين من مدين إلى آخر، ولا حوالة الحق من دائن إلى آخر.

غير أن واقع الحياة وضرورة مواجهة الحاجيات العملية المتجددة والمتطورة قضت بأن يعاد النظر في النتيجة المتقدمة، والاضرر الناجمة عنها، ولذا أباحوا مكنة نقل الالتزام سلباً وإيجاباً بسبب الوفاة، أما بين الأحياء فقد ظل المبدأ على

حاله دون تغيير، ومرة أخرى اصطدم هذا المبدأ بعقبات اقتصادية متعددة حيث حتمت ضرورة انتقال الالتزام، فكان أن احتال الرومان بالنسبة لحالة الحق بوسائل منها:

- تجديد الدين عن طريق تغيير الدائن، فكان الدائن الجديد يشترط على المدين أن يفي إليه الدين لا إلى الدائن القديم، ويتم ذلك برضاء هذا الأخير.
- الوكالة في قبض الدين المصحوبة بهبته والتي وفقا لها كان الدائن القديم (المحيل) يوكل الدائن الجديد (المحال له) في قبض الدين ويهبه إليه في الوقت ذاته.

هذا وقد استعمل الرومان وسائل قريية الشبه بالنسبة لحالة الدين، وكانت تتم جميعها باتفاق عادي دون اتباع أى إجراء شكلى.

وبذلك يتضح لنا كيف ظهرت عبقرية الرومان في استعمال القواعد القانونية الموجودة بين أيديهم، وجمعها مع بعضها والتحايل عليها باستعمالها في غير الغرض الذى وجدت من اجله، بقصد انشاء نظامى حوالة الحق وحوالة الدين^(١). ومن الملاحظ ان هذه الاهداف أملت بها الضرورة الداعية إلى تطوير القواعد القانونية بما يجعلها تسير ركب التطور، ومواجهة الاحداث المتلاحقة، وهو بلا شك هدف مشروع يتفق والمبادئ العامة للقانون.

ب- النيابة فى التعاقد:

لم يكن القانون الرومانى يعرف النيابة فى التعاقد، حيث كانت آثار التصرف لاتنصرف الا إلى طرفيه، كما وجد فى القانون الرومانى قاعدة أخرى مؤداها: أن الخاضع لسلطة غيره يعتبر اداة فى يد صاحب السلطة عليه، بحيث يستطيع هذا الأخير أن يكسب الحقوق عن طريقه، دون أن يلتزم بشيء من جانبه، فكان رب الاسرة مثلا يكسب الحقوق المترتبة على التصرفات التى يجريها ابنه او الرقيق الذى لديه.

غير أن هذا الوضع كان يؤدي إلى احجام الآخرين عن التعامل مع هؤلاء

(١) د. هشام صدق وعكاشة عبد العال. المرجع السابق، ص ٢٤٤ ومابعده

الخاضعين لسيطرة غيرهم، لأن العقود في أغلبها ملزمة للجانبين، بحيث يكون كل من المتعاقدين دائئا ومدينا في ذات الوقت.

ولتجنب الآثار الضارة لهذا الوضع، اعتبر البريتور أن التصرفات التي قام بها الخاضع لسيطرة غيره (كالابن والرقيق) قد قام بها من له السيطرة بنفسه (رب الأسرة)، وأنه في قيامه بها كأنه نائب عنه، وذلك خلافا للحقيقة.

وبهذا الحيلة أمكن أن تنصرف آثار التصرف ايجابا أو سلبا إلى من له السيطرة، ومن ثم ادى ذلك إلى التشجيع على الدخول في التعاقدات الملزمة للجانبين، بعد ان كان الاحجام عنها قائما، وبذلك عرف القانون الروماني مبدأ النيابة في التعاقد^(١).

وهذا - كما هو واضح - نوع من التطوير الذي اصاب القانون الروماني، حيث استحدثت هذه المبادئ التي اظهرت الحياة ضرورة اللجوء اليها، فكان الهدف منشودا، ومن ثم كان مشروعا، فضلا عن الوسيلة المشروعة المستخدمة في ذلك.

٢- استخدام الحيلة كوسيلة لتخفيف آثار بعض النظم القانونية القائمة:

لقد أمكن عن طريق الحيلة القانونية تحقيق أكثر من هدف لم يكن في الامكان بلوغه امام صرامة النصوص القانونية وشدته، حيث استخدمت كوسيلة لتخفيف آثار بعض النظم القانونية الصارمة ومنها على سبيل المثال: قصر تطبيق القانون الروماني على الرومانيين وحدهم، وكذلك استمرار الشخصية القانونية للشخص طالما توافرت لديه عناصرها الثلاث وهي: الحرية والوطنية والاستقلال بحيث يؤدي الاختلال بأى واحد منها إلى فقد الشخصية القانونية، وأيضا قصر دعاوى الملكية العقارية على الاراضى الايطالية.... وهكذا.

غير ان الحيلة استطاعت ان تخفف بعض هذه الآثار، مما ادى إلى جعل القانون الروماني مرنا - لاجامدا - يتمشى مع الواقع ويساير التطور الذي حدث بالمجتمع.

(١) د. عد المنعم البدرأوى، مبادئ القانون الروماني، ١٩٥٦، ص ٥٦٠، د. ابوزيد مصطفى، المرجع

السابق. ص ٥٦

ويمكن توضيح ذلك فى النقاط التالية:

أ- تطبيق قواعد القانون على غير الرومانيين والتحاييل لقبول دعاواهم:

فقد كان المبدأ السائد فى القانون الرومانى انه قانون خاص بالرومانيين وحدهم دون الاجانب، حيث كان هذا القانون يفرق بين الرومان والاجانب، ولم يكن القانون الاجنبى، ذات قيمة الا فى حالات استثنائية قليلة، ومفاد ذلك أن يكون الاجنبى الموجود فى روما محروما من كل حماية قانونية، حيث لا يطبق عليهم القانون الرومانى الخاص بالرومان وحدهم.

وكان هذا الوضع فى البداية لايشير صعوبات، حيث كان المجتمع الرومانى مجتمعا زراعيا، لايتصل افراده بغيرهم فى المجتمعات الاخرى، ولكن مع تطوره وتحوله إلى مجتمع صناعى وتجارى تعددت فيه العلاقات بين الرومان وغيرهم من الاجانب، ومنذ ذلك الحين بدأ للرومان ان ذلك وضع شاذ وغريب، وتولد لديهم اقتناع تام بجور هذه القاعدة التى تحرم الاجانب من كل حماية مقرر فى القانون الرومانى.

هنا لجأ الرومان إلى افتراض حيلة مؤداها: ان كل اجنبى يعد رومانيا ومن ثم تنطبق عليه قواعد القانون الرومانى، ومعنى ذلك فان الاجنبى فى روما كان يخضع لقواعد القانون الرومانى بالنسبة لساير تصرفاته سواء كان فيها دائما أو مدينا، ومن ثم كان الحق يؤخذ منه أولا بهذا الافتراض^(١).

وفى هذا من التطور والتقدم ما فيه مما يدل على مشروعيته، حيث كان هدفا يرمى الوصول اليه.

ب- استمرار الشخصية القانونية عن طريق التحاييل:

القاعدة السائدة فى القانون الرومانى تقضى بانه ليس للمرء أن يتمتع بالشخصية القانونية الا اذا توافرت فيه عناصر ثلاثة: الحرية بأن يكون حرا لارقيقا، والوطنية، بأن يكون رومانيا لا اجنبيا، ومستقلا بحقوقه ليس خاضعا لسلطة غيره، فان تخلف فى حقه عنصر من هذه العناصر الثلاثة فقد شخصيته القانونية كلها

(١) د. على بدوى، ابحاث التاريخ العام للقانون، ج١ تاريخ الشرائع، ١٩٣٦، ص ٥٧. د. ابو زيد مصطفى، المرجع السابق، ٥٥، ٥٦، ٥٧.

أوبعضها ولحقه مايسمى بالموت المدنى ، فاذا كان هناك شخص مستقل بداته خضع لسلطة غيره بالتبنى ، أو اذا كان هناك امرأة مستقلة بحقوقها خضعت لسلطة زوجها عن طريق الزواج ، فان المرء يفقد شخصيته القانونية فى الحالتين المذكورتين ، وينبى على ذلك نتيجتان لازمتان :

أولهما : أن حقوق كل من المتبنى والزوجة تنقل إلى المتبنى والزوج .

ثانيهما : ان الالتزامات العقدية لانتقل اليهما تطبيقا للقاعدة التى تقضى بأن الخاضعين لسلطة غيرهم يفيدون صاحب السلطة عليهم دون الحاق الضرر بهم .

وبمرور الزمن بدا للرومان ان تطبيق هذه القاعدة من شأنه ان يوقع الظلم الشديد بأصحاب الحقوق ، فعمدوا للتحايل عليها بافترض ان من فقد شخصيته القانونية يفترض استمراره استمتاعه بها ، ومن ثم يمكن لأصحاب الحقوق أن يمارسوا حقوقهم قبل هؤلاء ، بحيث يكون لهم التنفيذ على اموالهم اقتضاء لحقوقهم^(١) .

وبهذا توصل الرومان الى استمرار الشخصية القانونية لمن فقدها ، تخايلا على استقرار المعاملات ، وتبادل الثقة بين الناس ، وكان هذا تخفيفا لآثار تلك المبادئ الصارمة التى اعتقنها القانون الرومانى ، مما يؤكد الثقة فى مشروعية مثل هذه الافتراضات .

ج- اعتبار أن الارض الاقليمية ارض ايطالية :

كان القانون الرومانى يقضى بأن دعاوى الملكية العقارية هى دعاوى قاصرة على الاراضى الايطالية فقط ، ومن ثم فان الاراضى الاقليمية الخارجة عن نطاق روما لاتتمتع بأية حماية قانونية فى ظل ذلك المبدأ الصارم ، وبالتالي فانه اذا ما انتزعت من تحت يد صاحبها فانه لا يستطيع استردادها ، حيث لم يجد فى نصوص القانون الرومانى ما يحمى له هذه الملكية ، اذ هى قاصرة فقط على الاراضى الايطالية .

(١) د. هشام صادق وعكاشة عبد العال ، المرجع السابق ، ص ٢٤٠

غير ان الرومان وجدوا في ذلك تفرقة لامبرر لها، ومن ثم عمدوا إلى إلحاق الأرض الإقليمية بالأرض الإيطالية لتتوافر لها تلك الحماية التي تتوافر لهذه الأخيرة، ولذلك افترضوا ان الأرض الإقليمية هي أرض إيطالية حتى يمكن لصاحبها ان يحميها اذا وقع عليها اعتداء، واستردادها اذا ما انتزعت من تحت يده. وهكذا اضطر الدستور إلى افتراض ان الأرض الإقليمية هي أرض إيطالية حتى تمتد إليها الحماية القانونية التي ينظمها القانون الروماني^(١). وواضح من هذه الحيلة مشروعية الهدف الذي رمت إليه فضلا عن مشروعية الوسيلة المستخدمة والتي كانت تصورا افتراضيا محضا.

ويلاحظ ان الغاية التي رمت إليها الحيل وهي بصدد تخفيف آثار بعض النظم القائمة هي غاية مشروعية، ترمى إلى تطوير القانون وتوسيع مفاهيم القاعدة القانونية، فالحيلة في هذا النوع تؤدي إلى التعديل في فرض القاعدة الموجودة، بحيث يتسع هذا الفرض لوقائع جديدة مختلفة او متعارضة مع الوقائع التي وضع لها هذا الفرض اصلا، وبهذا تؤدي إلى الاحتفاظ بقلة عدد القواعد القانونية الرومانية والتي كانت سمة مميزة لهذا القانون^(٢).

٣- استخدام الحيلة كوسيلة لتبرير بعض النظم القانونية:

لم يقتصر استعمال الرومان للحيلة الافتراضية على خلق القواعد القانونية الجديدة، أو التخفيف من آثار القواعد القائمة، وانما استعانوا بها أيضا في تبرير بعض النظم القانونية القائمة، وهنا برز دور الفقه في الاستعانة بهذه الحيلة.

ولعل من ابرز الامثلة على ذلك، افتراض ان الجنين قد ولد قبل وفاة مورثه، والاخذ بنظام التبنى كوسيلة لتبرير صلة الدم. ويمكن تفصيل ذلك فيما يلي:

أ- افتراض ان الجنين قد ولد قبل وفاة مورثه:

كان المبدأ العام في القانون الروماني - كما هو الحال الآن - ان شخصية المرء القانونية تبدأ منذ الميلاد وتنتهي بالوفاة، وقد قامت صعوبة بالنسبة للجنين الذي لم يولد بعد، فيكون موقفه معلقا غير محدد، ومعنى ذلك - ووفقا للقاعدة

(١) المرجع السابق، ص ٢٤١.

(٢) د. سمير تناغو، المرجع السابق، ص ٤٠٩.

العامّة سالفه الذكر - ان الجنين لا يرث، لانه لم يكر قد ولد بعد وقت وفاة المورث، اى ان شخصيّة القانونيّة لم يكر لها وجود فى هذا الوقت، وقد وجد الرومان ان فى تطبيق هذه القاعدة اضرار بحقوق الجنين فى الارث، فعمدوا الى التحايل والافتراض للخروج من ضيق هذه القاعدة وتفادى نتيجته، وذلك باعتبارهم - من باب التحايل والافتراض - ان الجنين قد ولد قبل وفاة مورثه - ومن ثم يتمتع بالشخصيّة القانونيّة وهو فى بطن امه، وبذا يكون له نصيب فى تركه مورثه ويمكنهم بالتالى الاحتفاظ به إلى ما بعد ولادته حيا^(١).

ويلاحظ فى هذا المثال انه وجد تبريرا لاستحقاق الجنين الميراث بالرغم من عدم وجوده بعد، وهو افتراض يزيل كثيرا من الصعوبات، ويحقق كثيرا من الاهداف التى تخدم مصالح الفرد والجماعة، ومن ثم كان الهدف مشروعاً فضلاً عن مشروعية الوسيلة المستخدمة فى ذلك والتى ماهى الا تصوير ذهني بحث قام به الفقهاء الرومان.

ب- افتراض صلة الدم:

عرف الرومان نظام التبني، وكانوا يلجأون اليه فى حالة ما اذا عجز نظام الزواج عن تحقيق الهدف الاساسى منه وهو الانجاب، ومن شأن نظام التبني هذا أن يخلق السلطة الابوية والسلطة العائلية خلقاً صناعياً، وقد كان يترتب عليه ذات الآثار القانونية المتولدة عن الولادة من زواج شرعى.

وللتبني عند الرومان نوعان: أولهما: يتحقق بتبني شخص مستقل بحقوقه، وثانيهما: يقوم بتبني شخص خاضع لسلطة غيره، وقد كان لكل نوع منهما اجراءاته الخاصة به، وآثاره المترتبة عليه، وقد عمد الرومان فى سبيل انشاء صلات عائلية بصورة صناعية إلى الحيلة، وذلك بافتراض ان المتبني قد خرج من صلب المتبني، فتكون من ثم لكل منهما فى مواجهة الاخر ذات الحقوق والالتزامات التى ترتبها البنوة من الصلب، فكان التبني قائماً على اساس افتراض الصلة الدموية^(٢).

(١) د. ابو زيد مصطفى، المرجع السابق، ص ٥٨، د. هشام صادق وعكاشة عبد العال المرجع السابق ص ٢٤١

(٢) د. ابو زيد مصطفى، المرجع السابق، ص ٢٥٩، د. هشام صادق وعكاشة عبد العال المرجع السابق، ص ٢٤٢

وهكذا افترض الرومان وجود صلة دموية (قرابة) بين كل من المتبنى والمتبنى، وذلك لتبرير هذا النظام الذى عمل على حل كثير من مشاكل الحياة.

ولقد نظر الرومان إلى التبنى على أنه وسيلة لمعالجة كثير من الصعوبات التى تعترض الحياة فى روما، ولذلك أقروه وعملوا به، ومن ثم كان مشروعاً وفقاً لقواعد النظام لعام والآداب فى ذلك الزمن، ولا يقدح فى مشروعية هذا النظام اندثاره فى ظل مجتمعنا الحديث، حيث لم يعترف به القانون المصرى، كما حرّمته الشريعة الإسلامية وحارّته منذ بداية عهدها، ومع هذا فإن القانون الفرنسى يأخذ بهذا النظام على نطاق واسع^(١).

ولهذا فإن فكرة افتراض القرابة العائلية هى فكرة مشروعة فى ظل القانون الرومانى حيث هدفه مشروع، والوسيلة المستخدمة فيها (وهى تصوير ذهنى بحت) مشروعة كذلك.

ويتضح مما سبق أن الحيل الافتراضية فى مهدها الأول، وفى ظل القانون الذى رعاها ونمت فى ربوعه، إنما هى حيلة مشروعة ساعدت كثيراً على ملاحقة تطور الحياة عن طريق التغيير فى أحكام القانون - ليساير هذا التطور - دون التغيير فى نصوصه، التى باتت الأساس بها رجساً من عمل الشيطان، هكذا كانوا يقدسون النصوص ويصعب عليهم بالتالى تغييرها أو تعديلها، فكانت الحيل القانونية إحدى وسائل تطوير هذا القانون العتيق، وبالتالى كانت مشروعة حتى تلك الحيل التى باشره الأفراد من قبيل الافتراض، باتت هى الأخرى حيل مشروعة، حيث اطلع عليها القضاة الرومانيون وأقروها ولم ينكروها عليهم، فكانت مشروعة عن طريق تقريرها وعدم إنكارها.

(١) انظر تقرير ذلك: د. هشام صادق، وعكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ٢٥٦.

الفرع الثانى

دور الحيلة القانونية فى العصر الحديث

(دراسة تطبيقية فى القانون المصرى)

كان وجود الحيلة القانونية فى الماضى - خاصة القانون الرومانى - نتيجة لعدة اعتبارات اهمها: وجود نصوص قانونية تنزل فى النفوس منزلة التقديس بوصفها تجسيدا لروحى الالهة، ومن ثم يحرم المساس بها او الاقتراب منها، وبالتالى لا يصح تعديلها او تغييرها، والا كان ذلك رجما من رجوم الشيطان، لن تغفره الالهة، ولن تقبله النفوس التى تأصلت فيها قدسية هذه النصوص يضاف إلى ذلك اعتبار آخر من الاهمية بمكان، يتمثل فيما اصاب الحياة قديما من تطور وتقدم فى شتى جوانب الحياة سواء كانت اقتصادية، او اجتماعية بحيث اصبحت النصوص القائمة قاصرة عن أن تضع لها التنظيم القانونى، وذلك لان هذا الوضع الجديد لم يدر بخلد القائمين على صنع القانون عند وضع نصوصه، وبذلك اصبحت النصوص القائمة عاجزة عن ملاحقة هذا التطور الذى اصاب الحياة.

وبين هذين الاعتبارين كان لابد من اللجوء إلى الحيلة القانونية، سواء من قبل المشرع أو القائمين على تفسير القانون، أو من قبل الافراد انفسهم على نحو ما سبق بيانه فى الفرع الأول.

ولكن الحال تغير تماما فى ظل العصر الحديث، فلم يعد ينظر إلى النصوص القانونية على أنها نصوص مقدسة توحى بما تأمر به الالهة، وبالتالى لا يمسه تعديل أو تغيير وانما اصبح ينظر اليها بوصفها من صنع البشر، هدفها تحقيق وتنظيم العلاقات الاجتماعية فى المجتمع، ومادامت من صنع البشر فان لهم الحق فى تعديلها وتغييرها، كلما وجدت الضرورة لذلك، بحيث يكون القانون ملائما تماما للتغيرات التى تلحق بالمجتمع.

يضاف إلى ذلك أن التشريع اصبح فى العصر الحديث هو المصدر الرئيسى للقانون فى معظم التشريعات، وبالتالى فان المشرع الوضعى لا يألو جهدا فى مواجهة كل جديد فيضع له القاعدة التى تشملها، وينشئ أو يعدل من النظم القانونية حسب ما تقتضيه الحاجة والضرورة لذلك.

وأمام هذا الاعتبار ذهب البعض^(١) إلى أن الشرائع الحديثة قد قطعت صلتها بالحيلة بحسبان أنه لا حاجة بهذه الامم إلى مثل هذا الأسلوب الفطري، لتقرير مبدأ صالح، أوتبرير نظام سليم.

ومع ذلك فاننا لم نغدم الدور الذي تقوم به الحيلة القانونية في العصر الحديث، فمما يزال كل من الفقه والقضاء، بل والمشرع نفسه يستخدم الحيلة بوصفها من وسائل تطور القانون في حالات محددة، إذ نجد كثيرا من الحيل القانونية مقررا في النصوص، مع اشتهاار مخالفته للواقع، وعلة ذلك كما يقول الدكتور عمر ممدوح: انها تسربت اليها من المبادئ الرومانية التي ورثتها الشرائع الحديثة عن القانون الروماني، من ذلك نظام التبني الذي مازال مقررا في معظم القوانين الغربية (وهو ذلك النظام الذي كان يأخذ به القانون الروماني، كما تأخذ به بعض الشرائع الحديثة كالقانون الفرنسي على نطاق واسع)^(٢)، ومبدأ الشخصية المعنوية التي تتمتع بها بعض الجماعات أو الهيئات، واعتبار الجنين شخصا حيا قبل ولادته، اذا مات المورث أثناء حملها، حتى يكون له نصيب في تركته^(٣).

ويمكن القول بأنه، باستعراض الحيلة القانونية في العصر الحديث، يتضح أن منها ما اندثر ولم يعد له وجود في عالمنا المعاصر، كالموت المدني^(٤)، ومنها ما

(١) راجع الدكتور عمر ممدوح مصطفى، اصول التاريخ القانون، المرجع السابق، ص ٩٢. حيث اشار سيادته إلى أن العلامة «مين» Maine قد أقر ذلك، وانظر كذلك د. هشام صادق وعكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ٢٥٩.

(٢) د. هشام صادق وعكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ٢٥٦.

(٣) د. عمر ممدوح، المرجع السابق، ص ٩٢، فقرة ٧٠.

(٤) الموت المدني هو اصطلاح كان يراد به التعبير عن حالة من حالات نقص الاهلية، وكان يؤدي إلى اهدار شخصية المحكوم عليه بالاعدام، وبالاغتيال الشاقة المؤبدة في الجرائم العادية، أو المحكوم عليه بالنفى في الجرائم السياسية، وكان حكمه حكم الموت الطبيعي (الوفاة). فتبطل وصيته، وتورث تركته، وينحل زواجه، وينتج من حقوقه السياسية والوطنية مجردا تاما، كما يفقد اغلب حقوقه المدنية، الا ما كان منها لازما للبقاء على حياته. وهو كما هو واضح فانه مخالف للحقيقة تماما، وما كان لهم ان يصلوا إلى هذه الاحكام القانونية الا عن طريق الافتراض واعتبار ذلك حيلة للوصول بالمحكوم عليه إلى فقد شخصيته. وهذا النظام كان معمولا به، في كل من بلجيكا، وفرنسا، غير انه قد ألغى تماما في كل من البلدين ولم يعد له وجود فيهما. انظر: ابو زيد عبد الباقي مصطفى، المرجع السابق، ص ٨١، هامش (١٥٠).

استقر الفقه بشأن عدم اعتباره من قبيل الحيلة كالشخصية المعنوية^(١)، ومنها ما زال قائما يمثل أهمية خاصة ويحتل مكانة بين النصوص التشريعية، ومنه - على سبيل المثال - في القانون المصري، اعتبار المنقول المخصص لخدمة العقار، عقارا بالتخصيص (م ٢٧/٨٢)، وكذا اعتبار المتقاسم في الشيوع مالكا للحصة التي آلت اليه منذ ان تملك في الشيوع (م ٨٤٣) مع مخالفة هذه النصوص القانونية للواقع مخالفة مطلقة.

ولذلك فانه ينبغي علينا - لمعرفة مدى مشروعية الحيل القانونية في القانون المصري - مناقشة دوره في ظل هذا القانون، متتبعا في ذلك الوسيلة والغاية، مسترشدا بميعار النظام العام والاداب في المجتمع المصري وذلك على النحو التالي:

دور الحيلة القانونية في القانون المصري

تستمد الحيل القانونية تعريفها من مخالفتها للحقائق الطبيعية - Verités naturelles - على نحو ما سبق بيانه بصدد الكلام عن انواع الحيل في القانون المصري - ولذلك فان الحيل اذا خالفت حقيقة قانونية وضعها المشرع بنفسه، فان المخالفة في هذه الحالة لا تنطوي على حيلة قانونية وانما تنطوي على الغاء للقاعدة السابقة أو الاستثناء منها.

يبد أن مخالفة الواقع التي تعتبر حيلة قانونية هي تلك التي تقع من القانون في مصادره المختلفة وفي مقدمتها التشريع^(٢)، بخلاف المخالفة التي تأتي من ناحية

(١) اختلف الفقه بشأن اعتبار الشخصية المعنوية من قبيل الحيلة أم أنها حقيقة قانونية حيث ذهب البعض إلى اعتبارها من قبيل الحيلة، وذلك على أساس أن الشخصية القانونية لا تمنع إلا للإنسان، بما له وحده من إرادة، أما إضافتها على غير الإنسان كهيئة من الهيئات أو جماعة من الجماعات فذلك من قبيل الافتراض، وقد ظل هذا الاتجاه سائما حتى منتصف القرن التاسع عشر، عندما حاول بعض الفقه البحث عن أساس آخر للشخصية المعنوية، فظهرت مجموعة من النظريات ترددها إلى الحقيقة لا إلى الافتراض، راجع: في هذا الخلاف د. أحمد سلامة، المدخل لدراسة القانون، ١٩٧٨، ص ٤٣٧، فقرة ٢٤٩، د. مصطفى الجمال وعبد الحميد الجمال، النظرية العامة للقانون، ١٩٨٧، ص ٤٧٧ وما بعدها. وانظر في رفض الافتراض كأساس للشخصية المعنوية مقال الدكتور ابوزيد رضوان «مفهوم الشخصية المعنوية بين الحقيقة والخيال» مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، يناير ١٩٧٠، العدد الأول ص ١٩٣، د. وجدي راغب، المرجع السابق، ص ١٣٣، فقرة ٢١.

(٢) د. سمير تناغو، المرجع السابق، ص ٤٠٢، فقرة ١١٩.

الأفراد كما لو ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد آخر صوري، فإن الأمر لا يتعلق في هذه الحلة بحيلة قانونية، ولكنه يتعلق بما يعرف باسم الصورية Simulation. على أن الحقائق الطبيعية التي تستمد الحيلة تعريفها من الخروج عليها قد تكون مستمدة من التاريخ أو من طبيعة الأشياء.

فالحيل المخالفة للحقائق التاريخية هي تلك التي تقرر انه قد حدث مالم يحدث أو تقرر عدم حدوث ما قد حدث بالفعل، ومن هذا القبيل في القانون المصري: اعتبار الجنون المتقطع، وهو الذي تتخلله فترات افاقة، جنونا مستمرا مع ماقد يترتب على ذلك من بطلان التصرفات التي تقع من المجنون وهو في فترة الافاقة. فالقانون ينكر فترة الافاقة، ويعتبرها كأن لم تحدث، وبتعبير اذق فإن القانون يقرر حدوث الجنون حتى في فترات الافاقة، بالرغم من عدم حدوثه في هذه الفترة^(١).

كما يقرر المشرع المصري قاعدة الاثر الرجعي للقسمة، اذ يقرر بأن المتقاسم في المال الشائع يعتبر انه مالك للحصة التي آلت اليه منذ أن تملك في الشيوع، وانه لم يملك غيرها شيئا في بقية الحصص. وهذه قاعدة تنطوي على مخالفة صارخة للحقيقة التاريخية في استمرار الشيوع فترة من الزمن وان قلت، فهي قاعدة تقرر اذن عدم حدوث الشيوع بالرغم من حدوثه فعلا، فضلا عما يترتب على ذلك من التناقض اذ لا يمكن القول بحدوث الشيوع وعدم حدوثه في ذات الوقت، وهذا ما جعل تصرف المشرع في هذا الصدد من قبيل الحيلة القانونية المخالفة للحقائق الطبيعية المستمدة من التاريخ.

ويلاحظ ان حيلة اعتبار تصرفات المجنون باطلة مطلقا سواء كانت في فترات افاقة أم جنون انما هي حيلة فقهية من صنع الفقهاء واجتهاداتهم، وكان هدفهم من هذه المخالفة هو حرصهم على توفير الثقة بين الناس واستقرارا للمعاملات، اذ لو لم يكن الجنون شائعا أو معروفا من المتعاقد الآخر، أو لم يصدر به قرار الحجر وسجل، فإن من يتعاقد مع المجنون، قد يعتقد بحسن نية أن المجنون سليم العقل، ويرتب اموره على صحة التصرف، ثم يفاجيء فيما بعد بتمسك المجنون أو من له

(١) انظر المادة ١١٤ من القانون المدني وتعليق الفقه عليها د. احمد سلامة، المرجع السابق، ص ٣١٤ وما بعدها. د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، ١٩٧١، ص ٥٨٥.

مصلحة بانه - المجنون - عديم الاهلية، وأن تصرفاته كلها باطلة، مثل هذه المفاجأة قد ترتب ابلغ الضرر وتزعزع الثقة في المعاملات، وهو ما اراد المشرع ان يتحاشاه، فهي حيلة تشريعية أرادها المشرع بعدم تفرقه بين الجنون المطبق والجنون المتقطع وهي التفرقة التي قال بها فقهاء الشريعة الاسلامية - على نحو ماسبين بعد - فضلا عن كونها حيلة فقهية قال بها فقهاء القانون المدني وطبقوها.

أما حيلة الاثر الرجعي للقسمة فقد نص المشرع عليها صراحة (م ٨٤٣) فكانت من صنع المشرع بهدف حماية المتقاسم مما يكون قد رتبته غيره من الشركاء - اثناء حالة الشيوخ - من تصرفات على هذا الجزء المفز الذي آل اليه، تحقيقا لمبدأ المساواة الذي ينبغي ان يسود بين المتقاسمين^(١).

أما الحيلة المخالفة لطبيعة الاشياء فهي تلك الحيلة التي تخالف التقسيم الطبيعي للاشياء ومن ابرز امثلتها تلك القاعدة التي تخالف التقسيم الطبيعي للاشياء إلى منقولات وعقارات فتعتبر عقارا بالتخصيص ذلك المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، رسدا على خدمة هذا العقار، واستغلاله (م ٢/٨٢) فهذا المنقول لم يكن في يوم من الايام عقارا ولن يكون، ومع ذلك فان المشرع يعتبره عقارا لمجرد كونه مخصصا لخدمة عقار معين، وبالتالي تنطبق عليه احكام العقار المنقول وذلك بهدف ضمان استمرار خدمة العقار، واستغلاله، ومنعا لما يؤدي اليه الابقاء على صفته كمنقول من امكان فصله عن العقار، الذي خصص لخدمته واستغلاله، مما يؤدي إلى تعطيل هذه الخدمة أو عرقلة هذا الاستغلال^(٢) ولا تقوم هذه الحيلة الا بتوافر شروطها^(٣).

ويلاحظ ان هذه الحيلة ايضا قد نص عليها المشرع صراحة، فكانت حيلة تشريعية فضلا عن تفسير الفقهاء لها وتبريرها.

(١) د. ابو زيد عبد الباقي مصطفى، المرجع السابق، ص ١٠٠، فقرة ٥٥.

(٢) المرجع السابق، ص ٩١، فقرة ٥٠، انظر: نقض مدني ١٤ يناير ١٩٥٤، مجموعة احكام النقض المدني ص ٥، ص ٤٢٠، رقم ٦٢ (طنن رقم ١٢١ لسنة ٢١ ق).

(٣) راجع: محمد كمال عبد العزيز المحامي، التقنين المدني في ضوء الفقه والقضاء نادى القضاء، ١٩٨٠، ج ١، ص ٢١٦، ٢١٧، وانظر: نقض مدني ١٣/٥/١٩٥٤، مجموعة احكام النقض المدني ص ٥، ص ٨٥١، رقم ١٢٧ (طنن رقم ١٢٨ لسنة ٢١ ق).

وهكذا نجد الحيل القانونية فى القانون المصرى اما حيل تشريعية واما حيل
فقهية، وكلاهما ينبىء عن اتباع مسلك مشروع فى الوصول اليها، فكانت
الوسيلة - لذلك - مشروعة، اذ لا يقوم بها الا المشرع نفسه، او الفقهاء المفسرين
للقانون، ولم نعثر على حيلة فردية من هذا القبيل فى العصر الحديث، فالافراد
لا يلجئون اليها لانعدام الضرورة التى ألجأتهم اليها فى الماضى.

ولما كانت الوسيلة - على هذا النحو - مشروعة، فان الحكم على الفعل
انما ينطوى على عنصرين معاً، هما الوسيلة والغاية، ولذلك فانه ينبغى القاء
الضوء على الغاية من هذه الحيل فى القانون المصرى.

بداية يمكن القول بأن للحيلة فى ظل التشريعات الحديثة عامة - والقانون
المصرى خاصة - أهداف متعددة، اراد المشرع تحقيقها من وراء تقريره لها. ذلك
ان الحيلة القانونية تستخدم كاملوب من اساليب الصياغة الفنية للقاعدة القانونية،
وهى وان كانت من اشد وسائل الصياغة تطرفاً، الا ان لها دور هام فى صياغة
بعض القواعد القانونية ويمكن حصر دورها فى تحقيق الاهداف الاتية^(١):

١- استخدام الحيلة فى خلق قواعد قانونية جديدة Fiction - règle

تنطوى بعض القواعد القانونية على مخالفة الواقع وهى بذلك تشكل حيلة
من حيث الموضوع Fond وليس فقط من حيث الشكل Forme ومن هذا القبيل
القاعدة التى تقرر تصحيح نسب الابن غير الشرعى، وذلك فى حالة زواج والديه
زواجا لاحقا على ولادته، فهذه القاعدة تخالف فى مضمونها الواقع، من حيث
انها تجعل ابنا شرعيا من هو غير شرعى وتخالف بذلك الحقيقة الطبيعية
للمقصود بالابن الشرعى، وهو الابن الذى ولد من زواج صحيح^(٢).

(١) انظر فى اهداف الحيل القانونية فى لعصر الحديث: د. سمير تناغو - المرجع السابق، ص ٤٠٦ -

٤١١. د. ابو زيد عبد الباقي مصطفى، المرجع السابق، ص ٨١ - ١١٠، د. هشام صادق

وعكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ٢٥٨ - ٢٦٢.

(٢) انظر: محمد عبد الرحيم عنبر، الموسوعة الشاملة للمبادئ القانونية فى مصر والدول العربية، ج

١١، ص ٢٦ فقرة ٥٠، دار الشعب

فالحيلة هنا داخلية في أعماق القاعدة ذاتها Inhérente a L'argle فهي ليست مجرد وسيلة لتحقيق الهدف من القاعدة، بحيث يمكن استبدالها بوسيلة أخرى لتحقيق نفس الهدف، بل هي القاعدة ذاتها بحيث يؤدي اختفاؤها إلى اختفاء القاعدة في نفس الوقت، فهي بذلك منشئة لقاعدة قانونية جديدة لم يكن بالإمكان وجودها لولا التوصل إلى مثل هذه الحيلة، والضرب في هذا النوع من الحيل أن القانون يجد في سياسته وأهدافه العليا ما يسر مخالفة الواقع فيجعل الأبن غير الشرعي شرعياً. فالخلاف بين القانون والواقع لم يتعلق بوسائل القانون المصطنعة، ولكنه تعلق أساساً بالمقتضيات العميقة للنظام القانوني. وطالما كانت سياسة القانون تحقيق مصالح الأفراد، والملائمة بين النصوص وواقع الحياة داخل المجتمع وبديهي فإن غاية القانون هذا لا تتعارض مع فكرة النظام العام أو الآداب في مجتمع ما، وبالتالي فإن هذه الأهداف سامية ومشروعة.

٢- استخدام الحيلة في توسيع نطاق تطبيق القواعد القائمة

كما تستخدم الحيلة في خلق قواعد قانونية جديدة، فإنها تستخدم كذلك في توسيع نطاق تطبيق القواعد القانونية، وذلك عن طريق توسيع مفهوم الطوائف القانونية Catégories juridiques الداخلة في صياغة القواعد المذكورة

فالحيلة التي تؤدي إلى اعتبار المنقول المخصص لخدمة عقار، عقاراً بالتخصيص لا تخلق قاعدة جديدة، ولكنها فقط تؤدي إلى توسيع طائفة العقارات، بحيث تشمل ليس فقط الأشياء الثابتة بحيزها والتي لا يمكن نقلها دون تلف، بل تشمل كذلك المنقولات المرصودة لخدمة هذه الأشياء.

هذه الحيلة وإن كانت لا تخلق قاعدة قانونية جديدة، إلا أنها تخلق حلولاً قانونية جديدة، لأنها تؤدي إلى تطبيق أحكام العقارات على المنقولات بالتخصيص. ولما كانت طبيعة العقارات تختلف عن طبيعة المنقولات، فضلاً عن اختلاف أحكام كل منهما، فإن سريان أحكام العقارات على المنقولات بالتخصيص يعتبر من قبيل الحيلة المستخدمة في خلق القانون بالمعنى الواسع لهذا الاصطلاح.

والحيلة هنا هي مجرد وسيلة من وسائل الصياغة القانونية لأنه كان من الممكن الاستغناء عنها عن طريق ابتكار فكرة جديدة تعبر عن المنقولات

بالتخصيص، ولكن من باب السهولة واليسر، استغنى القانون عن ابتكار مثل هذه الفكرة الجديدة واكتفى بادخال المنقولات المخصصة لخدمة عقار فى الفكرة التقليدية للعقار، ويؤدى ذلك إلى نوع من الاقتصاد فى الافكار والطوائف القانونية، ولذلك فان الحيلة فى هذا الفرض تكون مؤدية إلى التعديل فى فرض القاعدة الموجودة، بحيث يتسع هذا الفرض لوقائع جديدة مختلفة أو متعارضة مع الوقائع التى وضع لها الفرض اصلا، مما يؤدى إلى تقليل عدد القواعد القانونية.

وقد تكون لهذا الفرض مزاياه فى انه يغنى الانسان - ولو لفترة من الزمن - عن المجهود المضمنى وغير المضمون فى محاولة بناء افكار جديدة، قد لا توفى بالفرض منها، خاصة وان القانون يتطور من حيث الموضوع بأسرع مما يتطور من حيث الشكل، غير ان هذا الوضع ينبغى أن لا يستمر إلى مالا نهاية، اذ الفرض ان التعديل فى احكام القانون، بل وفى نصوصه اصبح سهلا ميسرا فى ظل اندثار افكار الماضى والتى من شأنها تقديس النصوص وصعوبة تغييرها، وتلك طبيعة النصوص القانونية الموضوعية اصلا للملائمة تطور الحياة داخل المجتمع^(١).

٣- استخدام الحيلة فى تبرير القواعد القائمة Fiction - matif

هذا الهدف يرمى إلى تبرير وضع معين، لا يجد له فى الواقع مبررا فتأتى الحيلة وهى تخالف هذا الواقع لتبرر هذه المخالفة، ويمكن التمثيل لذلك بنص المادة ٥٨٩ الفقرة الاولى منها والتى تعطى امتيازاً لمؤجر العقار على المنقولات التى يضعها المستأجر فى العين المؤجرة، وبداية فان هذا الوضع يخالف الحقيقة التى تقضى بجعل امتياز مؤجر العقار قاصرا على العقار المؤجر وحده دون المنقولات الداخلة فيه، ولقد قامت الحيلة هنا لتبرير هذه المخالفة، وذلك على اساس فكرة الرهن الضمنى^(٢)، اى كما لو كان هناك عقد رهن متفق عليه ضمنا بين المؤجر والمستأجر على تخصيص هذه المنقولات لضممان حق المؤجر فى الاجرة، وغير ذلك من حقوقه الاخرى فى مواجهة المستأجر.

(١) انظر فى مشروعية هذه الحيلة - د. عدلى امير، الرسالة السابقة، ص ٣٧٦.

(٢) د. توفيق فرج، التأمينات الشخصية العينية ١٩٨٤، مؤسسة الثقافة الجامعية بالاسكندرية، بند ٣٢١، ص ٢٨٨، د. أحمد سلامة، دراسات فى التأمينات المدنية، ١٩٦٨ النهضة العربية ص ٤٣٧.

غير ان هذه الحيلة وهى تخالف الواقع تعجز غالبا عن اعطاء تبرير مقبول للقواعد القانونية ولذلك فان التبرير الذى جاءت به الحيلة قد يكون غير مقبول، اذا ما قلنا بأن امتياز مؤجر العقار - فى هذا المثال - انما يجد سنده فى حيلة أخرى مفادها، ان هذه المنقولات خصصت لخدمة العقار، ومن ثم فهى عقارات بالتخصيص، فيشملها الامتياز بداهة، ولذلك فان الدور الذى تلعبه الحيلة فى هذا المجال يعتبر ضعيفا، اذا ما قورن بدورها فى الفرضين السابقين.

٤ - استخدام الحيلة فى عنوان القاعدة *Fiction - inteuré*

يعد هذا الهدف من اضعف الادوار التى تلعبها الحيلة فى ظل الصياغة القانونية، فهى لاتخلق قاعدة جديدة، ولا توسع نطاق تطبيق قاعدة قائمة او تشرح مبررات وجودها، ولكنها فقط تظهر فى عنوان القاعدة، دون ان ينعكس هذا العنوان على الاحكام التى تتضمنها هذه القاعدة، ومن هذا القبيل ان المشرع المصرى اطلق اسم شركات القطاع العام على الوحدات الاقتصادية المكونة للقطاع العام، ورغم ان النظام القانونى لهذه الوحدات يختلف تماما عن النظام القانونى للشركات^(١).

ويلاحظ فيما سبق ان غاية الحيلة وهدفها لا ينطوى على مخالفة لنصوص قانونية أو معارضة لفكرة النظام العام والاداب، مما يؤدي إلى القول بمشروعية هذا النوع من الحيل قديما وحديثا، وانها وجدت كاسلوب صياغة يهدف إلى جعل احكام القانون ملائمة لكل تغير يحدث فى المجتمع.

(١) راجع فى النظام القانونى، للقطاع العام، د. سمير تناغو، القرار الادارى وصدر الحق، ١٩٧٢، ص ٦٥ وما بعدها.

المطلب الثاني

مدى مشروعة الحيل التدليسية

- تعتبر الحيل التدليسية هي جوهر التدليس الذي يفسد الرضا، بل في الحقيقة هي النشاط التدليسي ذاته، وهي الركن المادي في التدليس، ولذلك عبر عنها المشرع المصري بلفظ الحيل (م ١/١٢٥) كما عبر عنها المشرع الفرنسي باعتبارها مناورات Manoeuvres (م ١١٦).

هذه الحيل هي الوسائل التي يستعملها المدلس لالباس الباطل مظهر الحقيقة، ولذلك أشارت إليها المادة ١١١٦ من القانون الفرنسي باعتبارها تشمل كل مسلك يستهدف انشاء مظهر كاذب^(١). هذه المظاهر الخادعة انما تستهدف ايهاء الزيف ومحو الحقيقة، لانها تعمى عيني المدلس عليه، فتجعله يضع يده على ما لا يريد، فاذا سار - دون بصيرة - فانه سيقع حتما في الفراغ - المحذور - ولا يفيق فيفتح عينيه الا على عقد معقود، وأمر واقع لا يجد منه فكاكا.

ولذلك فان هذه الحيلة هي قرينة جدا من الغش بل يقصد بها عموما الغش مع الاحتفاظ بالفرقة التقليدية بين التدليس والغش - على نحو ما سبق بيانه^(٢) - ولقد وصل الأمر يقربها من الغش إلى الدرجة التي باتت معها محكمة النقض المصرية لاتفرق بين التدليس والغش، باعتبارهما شيئا واحدا، وان هذه الحيل ماهي الا نوع من الغش المقنع، سواء في ذلك أحكامها في الماضي، أم في احكامها الحديثة، وذلك واضح من قولها: يشترط في الغش والتدليس على ماعرفته به المادة ١٣٦ من القانون المدني (قديم) أن يكون ما استعمل في خداع المتعاقد حيلة، وحيلة غير مشروعة... وهو النص الحديث لها، عندما أرادت ان تذكر تعريف للتدليس وفق نص المادة ١٢٥ من القانون المدني الجديد^(٣).

(1) Repertoire De Droit civil dalloz, Encyclopedie Juridique, 2. Edition, Dol, par Jacques Chestin, No, 21.

(٢) راجع الفرق بين التدليس والغش،

(٣) نقض مدني في ١٩٣٧/١١/١١، طعن رقم ٣٩ لسنة ٧ ق، الموسوعة الذهبية، ج ٧، رقم ١٤٢٩، ص ٧٠٩ نقض مدني في ١٩٧٦/١٢/٢١، مجموعة أحكام النض المدني، السنة ٢٧، المجلد الثاني، رقم ٣٢٩، ص ١٧٩١ (طعن رقم ٦٢٠ لسنة ٤٢ ق).

هذه الحيلة لاتقع تحت حصر أو تعداد فى القانون، فهى فى ظل القانون الفرنسى، كل مسلك يخالف الواقع، بهدف انشاء مظهر كاذب، وفى ظل الفقه المصرى هى الاعمال المادية التى تولد فى ذهن العاقد صورة تخالف الواقع، أو أن تؤيد فى ذهنه مثل هذه الصورة^(١).

هذه الحيل - بالرغم من تعددها - تشترك فى معنى واحد، هو ايهام الطرف الآخر بغير الحقيقة، ولذلك فانه يبدو للموهلة الاولى ان هذه الحيل التدليسية هى حيل غير مشروعة، لما فيها من ايقاع الضرر بالآخرين، الامر الذى يوجب المسؤولية - عقدية كانت أو تقصيرية - مما يوجب تعويض الطرف المضرور، الا أن أحكام محكمة النقض تشترط فى قيام التدليس بأن يكون هناك حيل، وأن تكون هذه الحيل غير مشروعة^(٢)، مما يوحي بأن هناك حيل مشروعة لايقوم التدليس معها.

ولتفصيل ذلك وبيان مدى مشروعية هذه الحيل من عدمها، ينبغى القاء الضوء على الوسيلة المستخدمة، والغاية التى يرمى اليها المدلس، متتبعا فى ذلك موقف الفقه والقضاء المصريين. وكذا الفقه والقضاء فى فرنسا كلما كان ذلك ممكنا.

ذلك أن الحيل التدليسية وان كانت لاتقع تحت حصر، الا انه يمكن تصنيفها من حيث الوسيلة إلى أنواع ثلاثة، متمشيا فى ذلك مع تقسيم الفقهاء المسلمين لها، لأنها اما أن تكون الوسيلة فيها القول، أو الفعل، أو الكتمان، وذلك على النحو التالى:

أولا: الحيل القولية (الكذب Mensonges)

بإحدى ذى بدء يمكن القول بأن أية وسيلة من الوسائل التى يتخذها المدلس طريقا إلى مايتفخيه، انما يمكن الحكم عليها باعتبارها مشروعة أو غير مشروعة، متى كانت هذه الوسيلة صريحة فى التعبير عن الحقيقة او فى مخالفتها

(١) د. السنهورى، الوسيط، المرجع السابق، بند ١٨١، ص ٤٢٤ ومابعدها، د. عبد الناصر العطار، نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص ١٦٢، د. عبد الحميد البعلى، ضوابط العقود، ١٩٨٩، مكتبة وهبة، ص ٢٧٢، د. ليلى سنب، دروس فى نظرية الالتزام، ١٩٧٧/٧٦: دار النهضة العربية، بند ١٢٠، ص ١٦٠ ومابعدها، أنور العمروسى، المرجع السابق، ص ٣٠٤.

(٢) نقض مدنى فى ١٩٣٦/٢/٢٠ طعن رقم ٤٧ لسنة ٥ ق، الموسوعة الذهبية، ٧، رقم ١٤٢٨، ص ٧٠٩، نقض مدنى فى ١٩٧٢/٢/٨، مجموعة أحكام النقض ص ٢٣، ص ١٣٨ (طعن رقم ٣٢٩ لسنة ٣٩ ق).

فكل وسيلة تؤدي إلى مخالفة الحقيقة هي وسيلة غير مشروعة، حتى ولو لم تخالف نصاً قانونياً، بل ولو لم يتكون منها تدليس، لأن التدليس ينشأ عن وسيلة تخالف الحقيقة وتولد هذه المخالفة في ذهن المتعاقد الآخر، سواء قام بها المتعاقد معه أو الغير.

فمثلاً: تتحقق الحيل القولية أو الكلامية بمجرد الكذب المصحوب بوسائل مادية تدعمه وتقويه، لأن الكذب وحده لا يكفي لتكوين التدليس - في الأصل - مالم يتبين بوضوح أن العاقد المخدوع لم يكن يستطيع استجلاء الحقيقة بالرغم من هذا الكذب، فإذا كان يستطيع ذلك فلا تدليس^(١).

هذا الكذب المجرد، بالرغم من أنه لا يكون تدليساً، ولا يتعارض مع نص قانوني، إلا أنه مع ذلك يعد مسلك غير مشروع، فإذا لم يكن هناك واجب قانوني بوجوب قول الصدق، فإن هناك واجبا أخلاقيا يفرض على الشخص أن يتعامل مع الآخرين بصدق، هذا الواجب يحتمه ضرورة استقرار التعامل في المجتمع، ولاشك أن ذلك يتمشى مع مبادئ النظام العام والآداب داخل كل مجتمع، مما يؤدي خرقه إلى خرق قواعد هذا النظام.

ولقد وجد لهذا القول صدى في الفقه الفرنسي، حيث ذهب الفقيه بلانيول، إلى أن الكذب وحده يكفي لتكوين التدليس متى أفلح في إيقاع المتعاقد في الغلط^(٢).

وهذا أيضاً ماورد بدوريات القانون المدني - دالوز - حيث ذهب إلى أنه بالرغم من أن نص المادة ١١١٦ من القانون الفرنسي لا يشير إلا إلى الطرق التدليسية (manoeuvres). فمن المتفق عليه قياس مجرد الكذب على الطرق الاحتمالية، فالذين صاغوا هذا النص أرادوا تعيين كل مسلك غير أمين، ولايهم ما إذا كان هناك تقديم لمحرم كاذب - وهذا قريب من الطرق التدليسية بالمعنى الدقيق - أو مجرد ادعاءات كاذبة، مثل اقرار كاذب من بائع محل تجرى

(١) محكمة النيا الجزئية في ٣/١٠/١٩٢٢، المحاماة، لسنة ٥، ص ٢٣٧.

(٢) راجع بلانيول: مقالة عن التدليس منشورة بالجملة الانتقادية لسنة ١٨٩٣، ص ٥٤٥ وما بعدها.
Planiol, "Dolcivil et dol criminel", Revue critique de législation et de jurisprudence, Paris, 1893, p. 545 et suiv.

لم يكن فى حالة توقف عن الدفع^(١).

وقد يبدو أن ذلك محل اتفاق الفقه فى فرنسا، بالرغم من أن القضاء هناك قد ذهب إلى غير ذلك، فقد قضت محكمة رونييه Rennes فى ٢١ يوليو سنة ١٨٨٠ بأن ادلاء أحد المتعاقدين للمتعاقد الآخر ببيانات كاذبة لا يعيب الإرادة، مالم يقترب هذا الكذب بوسائل احتيالية لتعزيزه، وقد أيدت هذا الحكم محكمة النقض الفرنسية^(٢)، كما قضت محكمة استئناف Dovai بأن المبالغة فى مبيعات محل تجارى لا تكفى وحدها لتكوين التدليس، بل لابد من أن يقترب ذلك بوسائل احتيالية، بقصد اقناع المشتري بصحة هذه المبالغة^(٣).

ومعنى ذلك أن هناك تعارضاً بين الفقه والقضاء الفرنسيين بشأن الكذب المحرر وما إذا كان يكفى وحده لقيام التدليس الميب للرضا أم لا؟.

ولكن يمكن القول بأن نتيجة هذا الخلاف واحدة، بمعنى أن الكذب، ولو لم يكن تدليساً، إلا أنه قد يعيب الرضا، ويقع به المتعاقد الآخر فى غلط، مما يسمح له بطلب بطلان العقد للغلط لا للتدليس كل ما هناك أن الكذب الذى يكون تدليساً يتيح للمضروور الحق فى طلب التعويض متى كان له مقتضى.

وليس ادل على ذلك من أن الفقه فى فرنسا ذهب إلى أنه إذا كان الوضع ينطوى على كذب له ثمة تأثير معين على إرادة المتعاقد - ولو لم يصاحبه أعمال مادية - فإنه - والحال كذلك - يكون بوسع القاضى أن يجد فى ذلك تدليساً، وهذا ما حكم به فى موضوع يتعلق بخطابات كاذبة تمتدح الراحة التى تتميز بها إحدى الفيلات المؤثثة، ولقد انطوت تلك الخطابات على أخطاء فيما يتعلق بمزايا

(١) انظر دوريات القانون المدنى - دالوز، المرجع السابق، ققرة ٢٤.

(٢) نقض فرنسى فى ١٥ يونيو ١٨٨١، دالوز ١، ١٨٨٣، ١٣٣، وكذا حكم محكمة رونييه، دالوز ١، ١٨٨٣، ١، ٣٣١. وانظر نقض فرنسى فى ٢ يونيو ١٩٨١ حيث جاء فيه أن الإلحاح الوحيد الواضح لدى شخص ما بشأن الاقتناع ببيع أجزاء من إحدى الجماعات، لم يكن مكوناً للاستلوع الاحتيالى. فى حالة غياب الدليل على وجود الاحتيال والتزوير والغش من جانب المشتريين.

(Henri Roland, et Laurent Boyer, Droit Civil, obligation, 2 contrat. 3 ed, p.182, No 434).

(3) Gaz. pal. 31/1/1936; Gaz. pal. 1936, 1, 702).

الموقع الجغرافي لهذه الغلة، اضافة إلى ان تلك الخطابات قد تضمنت معلومات غير صحيحة بشأن الوضع الادارى لقطعة من الأرض^(١).

هكذا نرى أن مجرد الكذب فى التعامل يكون عملا غير مشروع، ولو لم يؤد ذلك إلى تدليس، أو مخالفة نص قانونى، ولذا نرى ضرورة العمل على جعل مجرد الكذب عملا غير مشروع فى ذاته، اذ انه يخالف واجبا اخلاقيا، يؤدى إلى خرم قواعد العدالة فى المجتمع، مما يؤدى فى النهاية إلى الاختلال بمبدأ استقرار التعامل بين الناس وهو المبدأ الذى يتمشى مع قواعد النظام العام والآداب.

بيد أن ضرورة التدخل هذه انما نبتت من تضارب الآراء فى الفقه والقضاء المصرين كذلك، فقد ذهب غالبية الفقه المصرى إلى أن الكذب وحده لا يكفى لتكوين التدليس، باعتباره - مجردا - لا يرقى إلى مرتبة الطرق الاحتيالية المكونة له، سواء كان الكذب شفويا أو مكتوبا، بل يجب ان يدعم هذا الكذب مظاهر خارجية تطلبه بلون الحقيقة، وتكسبه وجهها^(٢).

بل يجب ان تكون هذه الاعمال كافية للتضليل، وذلك حسب حالة كل متعاقد، والعبرة فى ذلك، انما تكون بالظروف التى احاطت بالكذب، وهل من شأنها ان تلبس على المتعاقد وجه الحق، فتحمله على التعاقد تضليلا؟ كما يكون ذلك باختيار المدلس الطريق الذى يصلح لهذا الغرض - بالنسبة لهذا المتعاقد -، فمن الناس من يصعب التدليس عليه، فتتنصب له حائل مقعدة، ومنهم من يسهل غشه. فيكفى فى التدليس عليه بمجرد الكذب^(٣)، فالمعيار هنا ذاتيا بالنسبة لشخص المدلس عليه.

ويبدو أن القضاء فى مصر سار على هذا النهج، فلم يعتد بالكذب مجردا كأسلوب احتيالى يتكون معه تدليس، بل اشترط أن يصاحبه مظاهر مادية تؤكد^(٤).

(١) د. هزى رولاند، المرجع السابق، ص ١٨٥، فقرة ٤٤٣.

(٢) د. السنهورى، الوسيط، المرجع السابق، فقرة ١٨١، ليبب شب، المرجع السابق فقرة ١٢٠، ص ١٦١، د. نادية أبو شهبة، المرجع السابق، ص ١٨٩، الاستاذ / ابراهيم أحمد فى مقالته، نظرية التدليس فى التشريع المصرى، المحاماة، ص ٩٤، ٥، ص ٢٣، د. عبد السلام ذهنى، الالتزامات ص ٢١.

(٣) د. السنهورى، المرجع السابق، ص ٤٢٤، د. فادية أبو شهبة، المرجع السابق، ص ١٩١.

(٤) نقض مدنى فى ٨ فبراير ١٩٧٢، مجموعة احكام النقض المدنى ص ٢٣ رقم ٢٢ ص ١٣٨ (طنن رقم ٣٢٩ لسنة ٣٩ق) محكمة المنيا الجزئية ١٩٢٢/١٠/٣، المحاماة ص ٥، ص ٢٣٧.

وإذا كان ذلك سائغا بالنسبة لعقود المعاوضة، وأنه يجب أن يدعم الكذب، وسائل احتيالية لكي نكون أمام حالة يصح فيها طلب بطلان العقد للتدليس، فإن الكذب مجردا يعد أسلوبا احتياليا يصح معه طلب بطلان العقد للتدليس في التصرفات التي على سبيل التبرع، حيث يشكل طرقا تدليسيا فيها، الاعلان الكاذب لورثة المتصرف تبرعا، ومنه تمثيل الحمل كدافع لاعطاء الصدقة، وبصفة عامة نجد أن القضاء الفرنسي لا يقيم فارقا بين التصرفات التي على سبيل العوض أو التبرع بالرغم من أن المضرور المتصرف في الاعلان الكاذب، يبدو هنا مستحقا للحماية.

وما يؤكد وجهة نظرنا في أن الكذب وحده مجردا يجب أن يكون عملا غير مشروع ولم لم يكون تدليسا أو يخالف نصا قانونيا، ان الفقه المصري يكاد يتفق على ان الكذب اذا انصب على واقعة معينة لها اعتبارها في التعاقد، فانه يعتبر تدليسا، ويتحقق ذلك حين يكون على المدلس أن يدلي ببيانات لها أهمية في التعاقد، وقد سار على هذا المنهج أيضا القضاء في مصر، فالكذب للتحايل على الحصول على عمل باعطاء بيانات غير صحيحة عن كفايته وخدماته السابقة، من شأنه ان يؤثر التأثير الكافي في رضاء من تم التعاقد معه على العمل، وبذلك يكون العقد قابلا للإبطال^(١).

وفضلا عن ذلك فإن التأكيدات غير الصحيحة التي تصدر عن أحد المتعاقدين ويكون لها على الطرف الآخر التأثير الذي يحمله على قبول التعاقد، من شأنها ان تجعل العقد قابلا للإبطال، متى ثبت انه لولا هذه التأكيدات لما حصل الرضا^(٢).

وغالب العقود التي يؤدي مجرد الكذب فيها إلى جعلها قابلة للبطلان هو عقد التأمين، فإن أية بيانات خاطئة في هذا العقد تفسد الرضا الحاصل فيه. ولذلك نجد كثيرا ما يعتبر اعطاء بيانات كاذبة لشركة التأمين تدليسا يبطل العقد. على أن الطرق الاحتيالية التي تدعم الكذب لا يشترط لها التخطيط للدرجة التي تصل بالكذب إلى حد النصب الجنائي، كما لا يشترط ان تكون مستقلة عن

(١) محكمة مصر الابتدائية الاهلية، في ١٩٢٣/١/٤، الحاماة س ٣، ص ٢٨١، رقم ٢١٥.

(٢) محكمة الاستئناف المختلطة في ١٩١٩/٥/٢٨، بلفان، ص ٣١، ص ٣١٦.

الكذب، كما فى النصب الجنائى، لانه مما لاشك فيه ان التدليس المدنى اعم من التدليس الجنائى، فكل تدليس جنائى هو من باب أولى تدليس مدنى، وليس العكس، وينبنى على ذلك انه لو صدر حكم بالبراءة من اتهام بالنصب وكان الاساس الذى يستند اليه هذا الحكم هو غياب الطرق الاحتمالية المكونة للنصب والتى تنطوى على غش يصل لدرجة النصب الجنائى فان هذا الحكم لا يكون له حجية الامر المقضى ازاء القاضى المدنى الذى ستطرح امامه فيما بعد، دعوى بطلان العقد للتدليس.

يضاف إلى ذلك أن هذه الطرق التى تصاحب الكذب لاتقع تحت حصر، وانما تتوقف على كل من الخادع والمخدوع، الأول من حيث دهائه وحيلة خطته، والثانى من حيث غبائه وسذاجة عقله.

ومع كل ذلك وجدت بعض العقود التى لاتخضع للبطلان نتيجة استعمال أساليب احتمالية كالكذب، مهما بالغ فيها من استعمالها، وذلك كعقود الزواج فى فرنسا فان التدليس فيها لا يؤدى إلى بطلانها وفقا للقاعدة التقليدية التى تقول «فى الزواج اخذع من تزید» "En mariage Trompe que peut" (١).

وبالرغم من أننا نعتبر مجرد الكذب عملاً غير مشروع، وذلك بالخالفه لبعض الآراء الفقهية فى مصر وفرنسا، وكذا بالخالفه لبعض الاحكام، الا أنه لا ينبغى اعمال هذا المعيار على اطلاقه، حيث يصطدم هذا القول بما يسمى بمنطقه التدليس المألوف فى التعامل، فاذا كان التعاقد حراً فى ذاته فى حدود التدافع بالمهارة والمران والخبرة، بحيث يكون الفوز لكل متعاقد فى معتك الحياة من مزايا الأخذ والرد والتزاحم بالمناكب، والتصادم، فان الأمر فى ذلك كله لا يخرج عن حدود المنطقة الحرام بين العاقدین، فلاشك أن لكل منهما أن يتسلح فى وجه الآخر بما شاءت له قدرته، وواتت به قدرته فى التفكير والوزن والتقدير، ولكن ليس لأيهما بل يحظر عليه أن يلجأ إلى أساليب خداعه يدخل بها الغش على العاقد الآخر، فيكون كمن يلقي بالرماد فى عين زميله، فيسلبه وضوح الرؤية،

(١) دوريات القانون المدنى - دالوز - المرجع السابق ، قرة ٣.

وقوة البصر، فيفسد عليه مزية التمييز والحكم السليم، وينافى بتصرفه هذا الاخلاق الجارية ويخرج بذلك عن المألوف في التعامل، وهنا نذكر تلك التفرقة التي عرفها الرومان بين التدليس المسموح به أو التدليس الجيد Dolus bonns والتدليس غير المسموح به أو التدليس السيء Dolus malus^(١).

وعلى ذلك فإن الطرق العامة التي تقوم على امتداح صفات قماش لا يلى، أو صفات أحد المنتجات إنما هي طرق لا تعتبر احتيالية مادام ذلك فى حدود المسموح به، ولذا فإنه قضى بأن مجرد مبالغة التاجر فى ذكر محاسن بضاعته، ووصفها بما ليس فيها بقصد ترويجها لا يعتبر تدليسا، مادامت هذه المبالغة فى الأوصاف مألوفة فى التعامل، ولم تعد حدود الاطراء العام^(٢).

ولعل الحكمة فى جواز هذا النوع من الكذب واضحة، وهى انه كذب لا يتأثر به المتعاقد عادة، حيث يعلم ان هناك مبالغة فى ذكر محاسن السلع التى يقدم على شرائها، فضلا عن أن هذا النوع من التعامل يعتمد أساسا على الخبرة، سواء من البائع أو المشتري، ويجب أن يكون هذا التدليس فى الحدود المسموح بها ولا يتجاوزها، حيث لا يسمح بالتدليس الجيد أن يتجاوز المهارة المسموح بها لكل بائع، ولقد تدخل المشرع الفرنسى من نفسه لكبح جماح الاعلان الكاذب، حيث تقضى المادة (٤٤) من القانون الصادر فى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٧٣، بتحريم ذلك، وقد تم تطبيق نص المادة سالفة الذكر، على مشروب التانج Bois-son tang، ذلك المشروب الذى يمكن اعداده من مواد كيميائية، وكان هذا المشروب يحضر كأي مشروب آخر من عصائر الفواكه، كما أن الاعلان الخاص بذلك كانت تصاحبه صورة الفواكه الطازجة، الأمر الذى كان يبعث على التفكير باعداد هذا المشروب^(٣).

وبهذا يتضح ان الكذب اذا كان مسموحا به، فإن ذلك يأتي فى أضيق الحدود، وحسب ماتمليه ضرورة التعامل، وحسب المألوف بين الناس.

(١) مقال الاستاذ ابراهيم أحمد ابراهيم، السابق الاشارة اليه، ص ٢٢، د. فادية أبو شهبة، المرجع السابق، ص ١٩٠.

(٢) استئناف مخطط فى ١٩١٥/١٢/٨، بلقان، ص ٢٨، ص ٤٨.

(٣) راجع: د. هنرى رولاند، لارون بوية، القانون المدنى، المرجع السابق، ص ١٨٤، ققرة ٤٣٩.

وهكذا نجد الكذب كأسلوب احتيالي يقوم به التدليس قد اختلف فى شأنه وتضاربت وجهات النظر حوله بين من يشترط أن يكون معه وسائل احتيالية أخرى، وبين من يعتبره مجرداً وسيلة من الوسائل الاحتياطية التى تكفى لقيام التدليس كما ظهر الاختلاف واضحاً بالنسبة لأحكام القضاء فى هذا الشأن، ولعل هذا الاختلاف مرده إلى اختلاف طبيعة العقود بعضها عن البعض الآخر، فمثلاً ما يكفى لقيام التدليس فى عقد التأمين، قد لا يكفى لقيام التدليس فى عقد البيع مثلاً، وقد يكون مرد هذا الاختلاف إلى حالة التعاقد المحدث، فالذى ينخدع من أبسط الوسائل، يختلف عن ذلك الذى لا تستهويه أعتى الوسائل لينخدع بها، وقد يكون ذلك أخيراً لأن الكذب وحده - مجرداً أو مصحوباً - لا يكفى لقيام التدليس، بل يلزم مع ذلك توافر بعض الشروط الأخرى - على نحو ما هو واضح لدى الفقهاء - مما يجعل القائلين بضرورة أن يدعم الكذب أساليب أخرى، قد ذهبوا إلى ذلك حتى يتوافر التأثير المطلوب فى التعاقد الآخر، ومن ثم يدفعه إلى التعاقد.

والرأى عندى أن مجرد الكذب يعد عملاً غير مشروع، ومن ثم يقوم معه التدليس المدنى، متى توافرت معه بقية الشروط، حيث إن العبرة فى ذلك إنما هو بسلوك المدلس الذى ينافى الأخلاق الجارية، ويخرج به عن حدود المألوف فى التعامل، أما فى ظل هذه الحدود فلا بأس، بل إن الكذب وحده يكفى لتكوين التدليس، إذا انصب على واقعة معينة لها اعتبارها فى التعاقد، ويتحقق ذلك حين يكون على المدلس أن يدلى ببيانات صادقة فى التعاقد لها أهمية خاصة، يؤدى الكذب فيها إلى الأخلال بالمقصود من هذه التعاقدات، كما فى عقد التأمين على نحو ما سبق، وأيضاً إذا تعلق الأمر بواقعة لها أهميتها، بحيث يمكن القول بأن التعاقد ما كان ليبرم العقد لولا البيانات الكاذبة، كأن يعطى شخص بيانات كاذبة عن مؤهلاته وخبرته السابقة من أجل الحصول على عمل، وهكذا.

ثانيا: الحيل الفعلية.

وهي عبارة عن حيل من شأنها أن يتوهم المتعاقد الآخر غير الحقيقة، وهي حيل قوامها الأفعال لا الأقوال، كما لو أعلن بعض الأشخاص عن شركة اعلانا لا يتفق مع حقيقتها، وذلك لينخدع الناس في أمرها، أو ظهور بعض الافراد بمظهر اليسار والسعة، ليعتقد الآخرون قدرتهم على الوفاء بديونهم، التي حصلوا عليها من أجل استثمارها - على غرار بعض شركات توظيف الأموال في مصر -، وكذا من يخفى بعض المستندات، أو يصطنعها، أو يزور فيها حتى يحمل الغير على التعاقد معه على الوجه الذي يريد^(١).

ومما لاشك فيه أن هذه الأفعال الاحتيالية، هي بذاتها أفعال غير مشروعة، ولذلك فانها تكفى وحدها لقيام التدليس المدني الذي يعيب الرضا.

ولذا قضى بأنه اذا اتخذت احدى الجمعيات من مظاهر الاعلان مايوهم الاعتقاد بأن أعضاؤها مسئولون شخصيا عن التزاماتها، فانها بذلك تكون قد ارتكبت تدليسا يطل التعاقد الذي تم بينها وبين الغير^(٢).

كما قضى بأنه «يكون باطلا للتدليس عقد التأمين الذي يتقدم فيه شخص آخر غير المؤمن له للكشف الطبي»^(٣).

كما قضى بأنه اذا اظهر الدائن مامن شأنه ايهام الكفيل بقيام المدين بتعهداته، فجدد الكفيل كفالته تحت تأثير هذا الايهام، فان هذا التجديد يكون قابلا للإبطال^(٤).

ويلاحظ أن هذه الأفعال الاحتيالية قد تدعى الكذب الواجب تدعيمه بمظاهر

(١) د. السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص ٣٢٥، د. لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٦١، د. عبد الناصر العطار، المرجع السابق، ص ١٦٣، الأستاذ/ محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص ٣٣٣.

(٢) استئناف مختلط في ٣ ابريل ١٩٢٩، بلتان، ص ١، ص ٣٣٣.

(٣) استئناف مختلط في ٩ ديسمبر ١٩٢٥، بلتان ص ٣٨، ص ٩٠.

(٤) استئناف وطني في ٣٠ مارس ١٨٩٣ - الحقوق ٨، - ٧٥، راجع امثلة لذلك في الفقه الفرنسي، دوربات القانون المدني، داللو، المرجع، فقرة ٢١.

مادية من أجل اكتمال العنصر المادى للتدليس المفسد للرضا، وهنا نكون أمام حيلة مزدوجة من الأقوال والأفعال، وكلاهما غير مشروع فى ظل الظروف التى تمت فيها كما أن هذه الأفعال قد ترتكب دون كذب، ومع ذلك يتكون بها العنصر المادى للتدليس، وتكفى بذاتها للقول بجواز طلب بطلان العقد، لما تؤدى إليه من توهم غير الحقيقة، وهو جوهر التدليس المدنى.

ولا يشترط فى الحيل الفعلية أن تصل إلى درجة النصب الجنائى، بل إن كل فعل يقوم به المحتال (المدلس) من شأنه أن يوهم الغير بغير الحقيقة، ويكون له التأثير القاطع على إرادته، هو حيلة فعلية، يجوز معها طلب بطلان العقد للتدليس، ولو لم يصل الفعل فى درجته إلى حد النصب الجنائى، فالأفعال فى ذلك كالأقوال، والتدليس المدنى عموماً - سواء تكون من قول أو فعل - أعم من التدليس الجنائى.

ولذلك فإن كل فعل يكون تدليساً جنائياً هو بذاته فعل يكون تدليساً مدنياً، كما هو الحال فيما يسمى بالمشروع الكاذب المكون لجريمة النصب الجنائى، وهو عبارة عن استخدام الطرق الاحتيالية لحمل الغير على الاعتقاد بوجود مثل هذا المشروع، وهذه الطريقة أصبحت شائعة فى حياتنا العملية، ولخطورة هذه الأفعال قرر القضاء فى فرنسا التوسع فى معنى المشروع الكاذب، فذهب إلى أنه يوجد مشروع كاذب، إذا كان هذا المشرع مجرد مشروع وهمى أو خيالى، كما ذهب إلى أنه يوجد مشروع كاذب فى حالة وجود منشأة معينة، تكون بعض الأموال المكونة لها مقدمة فى ظروف كاذبة تماماً، بل إن المحكمة العليا قد ذهبت إلى أبعد من ذلك، حيث قررت أن المشروع الكاذب يوجد عندما تكون الشركة موجودة فعلاً، ولكنها تباشر عملياتها بطرق احتيالية^(١).

وهكذا نجد الأفعال واضحة الدلالة فى الحصول على المقصود منها، وهى بذلك تختلف عن الأقوال، لأنه إذا كان الكذب مجرداً قد لا يعد تدليساً، فإن الأفعال مجردة - إذا كانت احتيالية - مكونة للعنصر المادى للتدليس دون ضرورة وجود وسائل مادية أخرى، ومثل هذه الأفعال الاحتيالية هى أفعال غير مشروعة، فكانت الوسيلة هنا وسيلة غير مشروعة، مثلها فى ذلك مثل الكذب - مدعماً

(١) راجع فى هذه الأحكام الفرنسية مقال الأستاذ إدوارد غالى، مجلة قضايا المحررة، المراجع السابق، ص ٨١٧، بند ٦ النص، المشروع الكاذب.

بوسائل مادية أو غير مدعم - سواء بسواء، وكلاهما يبنى عن العمد وسوء النية، مما يوحى بعدم مشروعية هذه الوسيلة.

ثالثا: الحيلة السلبية (La reticence)

تختلف الوسيلة في هذه الحيلة عنها في الحيلتين السابقتين، فإذا كان عمل المحتال (المدلس) في الحيل القولية والفعلية هو عمل إيجابي، فإن عمله في هذه الحيلة عمل سلبي مخصص، إذ يتمثل في عدم الكلام، فهو مجرد امتناع عن ذكر بعض البيانات المتصلة بمحل العقد.

ويمكن القول بأن مشروعية هذه الوسيلة أو عدم مشروعيتها، إنما يتوقف على ما إذا كان الكتمان في حد ذاته مكونا للعنصر المادى للتدليس أم أنه لا بد من توافر وسائل احتيالية أخرى، حتى يتم تكوين هذا العنصر؟.

فالفقه في فرنسا انقسم إلى فريقين: أحدهما يرى أن التدليس يقتضى تصرفا إيجابيا من المدلس ينطوي على طرق تدليسية أو كذب، وثانيهما يرى أن الطرق التدليسية المذكورة بالمادة ١١١٦ من القانون المدنى، ماهى الا عنصرا ثانويا وأن التدليس سيكون مشخصا بقصد الخداع، والذي يتحقق بالكتمان، غير أن الفقهاء المحدثين يأخذون موقفا وسطا، يؤسس على تعريف أكثر احتمالا من الكتمان، حيث يرون أن الامتناع الارادى عن الادلاء ببيانات، كان يجب على المرء أن يدلى بها، كتمان يؤدي إلى تدليس، ومن ثم فإن التدليس سيوجد في كل مرة سيكون فيها أحد الاطراف ضحية لغلط، بينما يكون الطرف الآخر ملزما بأن يقدم معلومات لكنه استبعد^(١).

يبد أن الالتزام بالافضاء هذا إنما يقع على عاتق احد الطرفين بنص من القانون كما في مجال التأمين الأرضى (م ٢/١٥، ٢١ من القانون الصادر في ١٣ يوليو ١٩٣٠) أو البحري (م ٦ من القانون الصادر في ٣ يوليو ١٩٦٧)، وبصفة خاصة فإن المادة ٢١ من قانون ١٩٣٠ تنظم المؤمن له أن يذكر كل الظروف ذات الطبيعة التي من شأنها أن تعدل في تقرير الخطر، ووفقا للمواد ١٦٤٨ - ١٦٤١ من القانون المدنى الفرنسى، يلتزم البائع بأن يعلن العيوب الخفية التي لديه العلم بها، ووفقا للمادة ١٦٣٨ من هذا القانون، يلتزم البائع

(١) راجع: دروبات القانون المدنى، دالوز، المرجع السابق، فقرة ٢٥.

أيضا أن يعلن الارتفاقات غير الظاهرة، وهكذا فإن نصوص قانونية متفرقة تفترض أن هناك التزام بالافضاء.

ومعنى هذا أن الفقه الفرنسى الحديث يعتبر الكتمان تدليسا، عندما يقع على عاتق أحد الطرفين فى العقد التزاما بالافضاء لصالح الطرف الآخر، فإذا لم يوجد التزام كهذا، فإن الكتمان لا يشكل تدليسا، حيث لا يوجد واجب قانونى بالافصاح عن كل ما يتعلق بمحل العقد، إذ الفرض أن منطقة المعاملات منطقة تعتمد على المهارة والخبرة من ذويه، وأن على كل متعاقد أن يتحرى الدقة بنفسه، والا فلا يلومن الا نفسه، أن هو قصر لعدم معرفته أو لقلة خبرته.

والرأى عندى أن هذا المعنى يشتمل على قصور واضح إذا افتراض المهارة والخبرة فى كل متعاقد أمر تصوره صعب، بل أن أهل الخبرة انفسهم قد لا يلتفتون إلى أشياء دقيقة فى محل العقد، يعلمها صاحبه ويخفيها عنهم، يضاف إلى ذلك أن لفظ الكتمان نفسه يدل على شئ من سوء القصد، خاصة، إذا كان المكتوم أمر يهم الطرف الآخر فى العقد أن يعلمه، والقانون لم يتتبع كل حالة على حدة حتى يبين ما إذا كان هناك التزام بالافضاء أم لا ؟.

ولهذا نجد الفقه المصرى فى ذلك واضحا، ذلك أن المشرع المصرى لم ينص على اعتبار الكتمان تدليسا فى القانون المدنى القديم، ولذلك كان الفقه مترددا بشأنه بين اعتباره تدليس أو عدم اعتباره كذلك، حتى صدر القانون المدنى الجديد، وفيه استعمل المشرع المصرى عبارة تودى إلى توسيع نظرية التدليس حيث نص صراحة على اعتبار الكتمان تدليسا بقوله «ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملاحظة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملاحظة» (م ٢١٢٥).

ومن هذا النص يتضح ان كل اخفاء للحقيقة يكون صالحا لأن يكون تدليسا، بقطع النظر عن الاساليب التدليسية، وإذا كان الكذب أو الكتمان لا يؤدى إلى لبطلان العقد فى بعض الصور، فليس معنى ذلك انه لا يتخذ صورة المناورات التدليسية، بل لأن هذا الكذب أو ذلك الكتمان لم يستجما بقية العناصر اللازمة لتكوين التدليس^(١).

(١) مقال الأستاذ ابراهيم أحمد ابراهيم، المرجع السابق، ص ٢٤.

ولقد حسم المشرع المصرى بهذه الفقرة - فى القانون الجديد - تردد القضاء فى ظل التقنين المدنى القديم حول اعتبار الكتمان تدليسا اذا ما كون حيلة غير مشروعة^(١).

ومعنى ذلك انه يكفى لتوافر التدليس ان يتعمد المدلس كتمان أمر له اعتباره لدى المتعاقد، بحيث ما كان ليبرم العقد لو علم بهذا الأمر، وهنا يقترب التدليس من الغلط كثيرا، ولو أراد المشرع المصرى الاحتفاظ بالتمييز التقليدية بينهما، لكان ينبغى عليه ان يضمن النص عبارة تؤدى الى الاحتفاظ بهذه التفرقة، بأن يجعل الكتمان تدليسا اذا كان هناك واجب بالافضاء، كما هو واضح من رأى الفقه الفرنسى خاصة أن هذا الالتزام فى ظل الفقه المصرى قد يكون مصدره القانون (م ٧٦٤)، وقد يكون مصدره الاتفاق الصريح، كما قد يكون مصدر هذا الالتزام - وهذا هو الغالب - القاعدة القانونية التى تقضى بعدم جواز الغش، وهى القاعدة التى بنى عليها الفقه الفرنسى هذا الالتزام بجانب نص القانون^(٢).

وهكذا نجد الكتمان فى الفقه المصرى أكثر وضوحا منه فى الفقه الفرنسى، وان كان معيار «واجب الافضاء» صالحا للعمل به فى كليهما، إلا أن القانون المصرى توسع فيه عندما نص صراحة عليه.

وعلى هذا فان كل كتمان يبعد تدليسا انما هو وسيلة غير مشروعة، خاصة عندما يستكمل الكتمان عناصره، وتتوافر له شروطه.

واذا كان هذا هو موقف الفقه المصرى والفرنسى، فان القضاء المصرى يعتبر الكتمان تدليسا فى كل حالة يكون الأمر المكتوم خفيا عن المكتوم عنه بحيث لا يستطيع ان يعلمه، ولا يمكن له معرفته بأى طريق، هنا يكون المدلس (الكاتم) قد ارتكب غشا ضد الطرف الاخر، ولقد صدر حكم بهذا المعنى، حيث اعتبر أن

(١) استئناف مختلط فى ٨ يونية ١٩٣٥، بلتان، ص ٤٧، ص ٣٦٢، نقض مدنى فى ٢٥ فبراير

١٩٤٣، مجموعة عمر، ج ٤، ص ٥٩، رقم ٢٩ (طعن رقم ٢٣ لسنة ١٢ ق).

(٢) فى الفقه المصرى راجع: د. السنهورى، المرجع السابق، ٤٢٧ - ٤٢٩، د. عبد الحميد البعلى،

ضوابط العقود، المرجع السابق، ص ٢٧٢، الأستاذ/ ابراهيم أحمد ابراهيم مقالته السابقة، ص

٢٥، الأستاذ/ محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص ٣٣٣. راجع فى الفقه الفرنسى:

نموذج، ج ١ بند ٣٥٨، حيث يذكر أن هذا الالتزام قد يرجع إلى طبيعة العقد، دى باج، ج

١، بند ٥٠، ص ٥٨ وهو يشير إلى أن هذا الالتزام قد ينشأ عن لقانون أو الظروف.

مجرد الكتمان لا يكفي لاعتباره غشا وتدليسا، ما دام الامر الذى تعمد احد المتعاقدين كتمه عن المتعاقد معه، يمكن لهذا الاخير ان يعرفه من اى طريق

كما ذهب القضاء فى مصر الى اعتبار الكتمان تدليسا فى كل حالة يستخلص منها توافر الغش لدى المدلس، حيث قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن بائع العقار اذا كتم عن المشتري ان هذا العقار مستحق كليا أو جزئيا، وهو يعلم بذلك، أو اخفى على المشتري ما يثقل العقار من حقوق، كان هذا تدليسا^(١).

فى حين ذهبت محكمة النقض المصرية الى ان مجرد الكتمان لا يبلغ أن يكون تدليسا، ما لم يقترن بحيلة غير مشروعة^(٢).

وأمام هذه الاعتبارات المختلفة للقضاء المصرى، يمكن القول بأن القضاء اعتبر الكتمان تدليسا فى كل حالة يتضمن اخلالا بمقتضيات حسن النية، التى كان من حق المتعاقد أن يتوقعها لدى من تعاقد معه، ولو كان فى استطاعة المتعاقد معرفة ما كتم عنه لو تخرى الأمر^(٣). وهو معيار ينطوى على حسن النية فى التعامل ووجوب العمل على الاستقرار فى منطقة المعاملات.

على أنه فى كل حالة يقرر فيها القضاء اعتبار الكتمان تدليسا، انما يكون ذلك لاعتبارات سائغة، ونحن لا نملك الا أن نحترم ما جاء عن القضاء، خاصة

(١) استئناف مختلط فى ١١ فبراير ١٩٠٩، بلتان، س ٢١، ص ٢٢٧، مشار إليه فى الوسيط ج ١ ط ١٩٨١ ص ٤٢٧، هامش (٣).

(٢) نقض مدنى فى ٢٥ فبراير ١٩٤٣، الموسوعة الذهبية، ج ٧، ص ٧١١، رقم ١٤٢٣، (طعن رقم ٣٣ لسنة ١٢ ق).

(٣) د. اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، ج ١، ط ١٩٦٦، بند ١٠٥، ص ٢١٣، هامش (١) نقض مدنى ١٩٥٢/٥/١٥ الموسوعة الذهبية ج ٧، ص ٧١٥، رقم ١٤٤٣ (طعن رقم ٣٢٦ لسنة ٢٠ ق)، نقض مدنى ففى ١٩٤٩/١٢/١، مجموعة عمر، س ٢١ رقم ٢١٨ ص ٦٤. (طعن رقم ٦٩ سنة ١٨ ق) حيث ورد به أن الشريك فى القسمة كتم عن شريكه استحقاق الجزء الذى آل اليه بالقسمة عن طريق الوقف، وزاد على هذا الكتمان آخباره لشريكه، بان ما يختص به بحكم القسمة غير مهدد بخطر الاستحقاق.

وأن القاعدة القانونية التي تقضى بعدم جواز الغش في المعاملات من الممكن أن تشمل حالات متفرقة، صدرت فيها أحكام من القضاء

ولعل الفقه الاسلامي في هذا الامر كان اكثر وضوحا، عندما قرر أن المبيع اما أن يكون به عيب او لا ؟، فان كان فيه عيب، فاما ان يكون ظاهرا او لا ؟ فان كان ظاهرا، كان على المشتري ان يبينه ولو من تلقاء نفسه، ولا شيء على البائع مادام العيب ظاهرا، فان كان خفيا، وجب على البائع ان يبينه، والا ضمنه - على نحو ما سيبين في موضعه من الفقه الاسلامي.

واذا كان القضاء المصري مترددا حول اعتبار الكتمان - مجردا - تدليسا أم لا ؟ فان القضاء الفرنسي اكثر ترددا، حيث لم يجزم باعتبار الكتمان تدليسا، الا في احكامه الحديثة، ذلك انه حتى عام ١٩٥٨ لم يكن القضاء الفرنسي يعاقب على الكتمان الحادث بواسطة الطرف الاخر، الا عندما يكون هذا الكتمان قد جر غلطا في صفة جوهرية، تبرر تطبيق المادة ١١١٠ من القانون المدني، أما كل الاحكام الصادرة عن محكمة النقض، والتي قبلت البطلان على اساس المادة ١١١٦ مدني فقد كان الغلط فيها مستشارا على نحو واضح، سواء بواسطة أكاذيب، كمن تقرر - على نحو كاذب - ان القسمة تمت لاحترام الارادة الاخيرة للمتوفى، في حين أنها أرملته وتخفى وجود وصية، او بواسطة طرق احتيالية تدليسية، كبيع نظارة معظمة معيبة مباعة للمرة الثالثة، وكبيع محل تجاري مستغل داخل عقار محلا لقرار يعتبره خطرا، وتلك هي المرحلة الاولى من مراحل تطور القضاء الفرنسي في هذا الشأن

ويبدو تطور القضاء واضحا في حكم الغرفة الاجتماعية لمحكمة النقض الصادر في ٣٠ مايو ١٩٤٧ والذي قضى بأنه، اذا كان من حيث المبدأ لا يعتبر مجرد الاخفاءات تدليسا، فانه يكون تدليسا، عندما يقوم البائع - بعد محاولة دون جدوى لدى أحد من الغير - ببيع حصان، ولم يستطع بيعه، وهو يعلم تماما عدم مقدرة الزراعية، ولعل هذا الحكم يعد تطورا في ظل هذه المرحلة التي لم يأخذ فيها القضاء بمجرد الكتمان، كما يبدو هذا التطور واضحا فيما قضت به محكمة ليون، حيث قضت عدة مرات أن كل اخفاء لواقعة يكون للطرف الآخر مصلحة في معرفتها يشكل تدليسا^(١)

يبد أن القضاء يذهب الان بعد عام ١٩٨٥ إلى مدى أكثر بعدا، فهو يقبل

(٤) تنظر في هذه الاحكام وتطور القضاء الفرنسي، دوريات القانون المدني، د. اللوز، المرجع السابق،

البطلان للكتمان التدليسي في غياب طرق احتيالية أو كذب، وذلك - بصفة خاصة - عندما يوجد بين الأطراف التزام بالافضاء، ناتج عن علاقات خاصة ذات ثقة، سواء بسبب طبيعة العقد، كما في عقد الشركة، أو بسبب صفة الطرف الآخر كالموثق. ولكن يبدو أن محكمة النقض الفرنسية، أصبحت تقبل - وعلى نحو عام - التدليس الناتج عن الكتمان، وتفرض أن الاخفاء انما يكون بصمت المدلس عن واقعة لها اثرها في التعاقد، شريطة أن يكون المتعاقد الآخر معذور في عدم معرفتها، وهكذا اصبح القضاء الفرنسي واضح في اعتبار الكتمان تدليسا، وفي كل مرة يكون فيها، اخفاء للحقيقة، يكون هذا التكتم محل لوم، بل ان القضاء يستخلص منه انه نية متجهة نحو الضرر.

وهكذا التقى كل من الفقه والقضاء في مصر وفرنسا عند نقطة واحدة، وهي اعتبار الكتمان تدليسا، متى كان هناك واجب بالافضاء، مع الاختلافات الطفيفة في الأساس الذي يقوم عليه هذا الواجب.

هذا المعيار، يمكن صياغته بصورة أعم، بحيث يشمل الواجب بنص أو عرف أو طبيعة العقد أو الثقة بين المتعاقدين، كما يشمل غير ذلك، اذا ما قلنا بأن الكتمان تدليسا اذا كان في موضع يقتضي البيان، حيث يشمل هذا التعبير كل كتمان كان المتعاقد الآخر في حاجة إلى بيانه وأنه لو علم به لما أقدم على التعاقد، أو على الأقل لما أقدم عليه بهذه الشروط التي قبلها، ويراعى في ذلك ظروف المتعاقد المخدوع، فالمعيار هنا ذاتي، كما هو الحال في الكذب، ولعل هذا هو ما دفع البعض^(١) إلى القول بأن القضاء الفرنسي قد استقر على اعتبار الكتمان تدليسا، ولو لم تصحبه حيل، أو يقتزن به كذب، في بعض الظروف التي لا يقوم فيها بين طرفي التعاقد واجب بالافضاء.

وبهذا يتضح انه متى قام واجب بالافضاء، كان على الملتزم به أن يؤديه، والا اعتبر مسئولا في حالة خرقه لهذا الواجب، يستوى أن يتم خرقه بصورة ايجابية كمن يقرر أن التركة تمثل رصيذا ايجابيا هاما، بينما كان يعرف افتقار المتوفى، غير أن هذا الخرق يخرج عن نطاق الكتمان التدليسي، ويدخل في مجال الحيل القولية، حيث كان الكذب في موضع يتطلب ضرورة الصدق. كما يعتبر الملتزم بهذا الواجب مسئولا أيضا اذا تم خرقه لهذا الواجب بصورة سلبية، وهي صورة الكتمان التدليسي على نحو ما استقر عليه الفقه والقضاء في مصر وفرنسا، حيث

(١) د. محمود جمال الدين، المرجع السابق، ص ١٤٢، وقريب منه، دوريات د. اللوز، المرجع السابق،

تعيين على التعاقد المضرور أن يتزرع بالكتمان التدليسي، وعليه في سبيل ذلك، أن يثبت أن سكوت خصمه مثل عائقاً أمامه، بل أن يثبت وعلى نحو خاص أن هذا السكوت قد شكل مناورة Manoeuvre تدليسية^(١).

من هذا العرض نستطيع تبين متى يكون الكتمان مشروعاً، ومتى يكون غير مشروع. وعلى الجملة يمكن القول بأن وسائل الاحتيال مهما تنوعت اشكالها، واختلفت مسمياتها، فإنها وسائل غير مشروعة، مادام لها التأثير الحاسم على رضاء من وجهت اليه، اذ بها يقع في غلط يدفعه إلى التعاقد، ولولا هذه الوسائل ما أقدم على مثل هذه التعاقدات، فالأصل فيها عدم المشروعية، وتأتي مشروعيتها استثناء من هذا الأصل عندما تفقد عنصراً هاماً من عناصرها - على النحو الذي سبق بيانه.

واذا كانت الوسيلة على هذا النحو تمثل الجانب المادي في الحيل التدليسية، فإن الغاية تكمن في الجانب المعنوي فيها. ذلك انه يشترط لكي يقع تدليس مفسد للرضا وجود حيل تدليسية بعنصرها المادي: وهو السلوك الذي يتبعه المدلس لايهام الطرف الآخر بغير الحقيقة، والمعنوي: وهو نية التضليل. والأول هو الوسيلة، والثاني هو الغاية.

ولهذا نلاحظ للوهلة الاولى، أن الغاية من اتباع الوسائل الاحتمالية - قول أو فعل أو كتمان - هو الوصول إلى غرض غير مشروع، اذ يكفي معرفة أن مثل هذه الوسائل تؤدي إلى الأضرار بالطرف الآخر، ومعنى ذلك أن نية التضليل لدى المدلس مفترضة ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك، فإذا انعدمت هذه النية، فانا لا نكون أما تدليس، وذلك كالتاجر الذي يبرز بضاعته في أحسن صورة، ويصفها بما ليس فيها، فان نية التضليل هنا لا تكون متوافرة، ومن ثم ينتفى التدليس^(٢)، على أن هذا لا يمنع من وقوع التعاقد الآخر في الغلط، ويجوز له من ثم طلب بطلان العقد للخلط لا للتدليس، وهي الصورة القريبة من فكرة التصوير غير الصحيح Misrepresentation التي عرفها القانون الانجليزي، وفيها يعلن أحد المتاعدين للآخر عن معلومات غير صحيحة ولكن عن حسن نية^(٣).

(١) راجع بالتفصيل في الخرق الابحائي، والسلي للالتزام بتقديم المعلومات:

L'obligation de renseignements dans les contrats, par M. Michel de Juglart, (Rev. Trim. dr. civ, 1945).

(٢) د. السنهوري، المرجع السابق، ص ٤٣، د. ليب شنب، المرجع السابق، ص ١٦٣، ققرة ١٢١.

(٣) راجع في فكرة التصوير غير الصحيح، رسالة يحيى تاج الدين، التدليس المعيب للرضا في القانون الفرنسي، والتصوير غير الصحيح الانجليزي، ليون ١٩٢٦، ص ٤٩ وما بعدها.

ولهذا قضى بأنه لا يوجد تدليس إذا اعتقد شخص ما يدعى «لويس دى بوربون» Louis de Bourbon، وأنه منحدر من سلالة لويس الرابع عشر (Louis XIV) وأنه حصل على قرض من سيده تنتمى إلى الأسرة المالكة^(١).

وهكذا نجد غاية غير مشروعة عندما تكون نية التضليل متوافرة بقصد الوصول إلى غرض غير مشروع، إلا أنه قد توجد نية التضليل ولكن لا يقصد بها الوصول إلى غرض غير مشروع، وتعبير أدق قد توجد الوسائل الاحتيالية بهدف الوصول إلى غرض مشروع، كالمودع الذى يستعمل طرقاً احتيالية للحصول من المودع عنده على اقرار بالوديعة، بعد ما تبين للمودع بأن المودع غير أمين، وكمن يوقع على شيك بدون رصيد، بهدف أخذ حقه كاملاً ممن تم التوقيع لصالحه، وقد كان يجحد هذا الحق، فهذه وسائل غير مشروعة استعملت للوصول إلى هدف مشروع، هو الوصول إلى الحق.

ولعل هذا الغرض هو الذى دفعنا منذ البداية أن نناقش كل من الوسيلة والغاية لمعرفة المشروع فيها وغير المشروع، والا لكانت كل الحيل التدليسية حيل غير مشروعة باعتبارها تؤدي إلى الغلط.

المطلب الثالث

مدى مشروعية الحيل الصورية

تمهيد:

يمكن القول بأن الحيل الصورية، على الرغم من تعددها، واختلاف أنواعها إلا أنها تشترك فى حقيقة واحدة، هى انها تخالف الحقيقة المتفق عليها بين الأطراف سواء كانت هذه المخالفة كلية، أو جزئية، وذلك حسب نوع الصورية التى تعاقدها عليها الطرفان، وهذا يعنى أن جميع وسائل الصورية، انما هى وسائل تخالف الحقيقة، ولهذا أمكن اطلاق لفظ الحيلة عليها، باعتبارها مخالفة للحقيقة دائماً.

بيد أن هذه المخالفة قد تكون لأهداف مشروعة - على الأقل فى نظر القانون - كما قد تكون لأهداف غير مشروعة - وهى كثيرة -، ولذلك فإن الحكم على الحيل الصورية، باعتبارها مشروعة أو غير مشروعة، انما ينطوى على فرض

(١) أنظر: د. هنرى رولاند ولارون بويه، المرجع السابق، ص ١٨٤، فقرة ٤٣٧

الوسيلة والغاية معا، حيث تؤدي مناقشة كل منهما إلى نتيجة مقبولة من حيث اعتبار هذه الحيل مشروعة أو غير مشروعة.

ولعل بعض الأمثلة التي ذكرها الفقهاء، باعتبارها صورية مشروعة، تستوجب الوقوف عندها والنظر فيها، والبحث فيها عن الوسيلة والغاية، وذلك في ضوء بحث مدى مشروعية الوسيلة والغاية في الحيل الصورية، إذ ربما نخرج بنتيجة تختلف عن تلك النتيجة التي ذكرها الفقهاء.

ويمكن القول أخيراً بأن المشرع المصري - وهو في سبيل إقراره للصورية - اتبع منهجاً وسطاً بين الاعتداد بها أو الغائها، ويتضح ذلك من النص عليها في المادتين ٢٤٤، ٢٤٥ من القانون المدني الجديد، إلا أنه قد حدث تعارض بين المادتين في الأخذ بالارادة الظاهرة، والارادة الباطنة، فضلاً عن ذلك فإنه يؤخذ على المشرع المصري، تشجيعة على الصورية الواضح من نص المادة ١/٤٤٨، بعد أن ألغى البيع الوفاقي، في القانون المدني الجديد وأبطله، بعد أن أتضح له أنه يستمر رهناً، مما يوحي بأن المشرع المصري كان متردداً بين الأخذ بالحيل الصورية، وبين عدم الأخذ بها، بمعنى أن موقفه في ذلك كان غير واضح، ولهذا ينبغي علينا أن نتناول موقف المشرع المصري بالبحث والمناقشة، لنرى أي موقف اتخذته القانون المصري حيال الصورية، وهل هذا الموقف صحيح أم ينبغي على المشرع أن يصحح أوضاعه ويضع الصورية في موضعها الصحيح. لاسيما وأن النص عليها في القانون الجديد، كان في الفصل الثالث من الباب الثاني، تحت عنوان «ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل» مما يعطى قرينة على أن الصورية أريد بها الغش والأضرار بحقوق الآخرين.

لهذا فسوف أتناول في المطلب ثلاث نقاط رئيسية هي:

أولاً: الصورية من حيث الوسيلة والغاية.

ثانياً: مناقشة بعض أمثلة الصورية المشروعة - في نظر الفقهاء.

ثالثاً: موقف المشرع المصري من الصورية.

وذلك من ثلاثة أفرع متتالية على النحو التالي:

الفرع الأول

الصورية من حيث الوسيلة والغاية

تعدد الوسيلة في الصورية بتعدد أنواعها، واختلاف أشكالها، غير أنه من القصور الحكم على الصورية من خلال الوسيلة المتبعة، لأنه إذا كانت الحيل التدليسية، وهي أشد وطأة منها في الصورية، مشروعة في بعض الأحيان، عندما يكون الهدف منها مشروعاً، فإن الحيل الصورية كذلك قد يكون الهدف منها مشروعاً ولذلك فإن الحكم عليها، إنما يكون بناء على مناقشة الوسيلة والغاية معاً وسوف أبدأ بمناقشة الوسيلة، وأتبعه بمناقشة الغاية، وذلك في بندين مستقلين على النحو التالي :

البند الأول - الوسيلة في الصورية

قد تتناول الصورية وجود العقد الظاهر ذاته، أو نوعه أو ركن أو شرط فيه، ويسمى الإتفاق السرى في هذه الحالة عقد الضد "Contre - Lettre" وتسميه المحاكم عادة بورقة الضد. وقد تتناول الصورية شخص أحد المتعاقدين على إعتبار أنه صاحب الحق، مع أنه في الحقيقة وكيل مستتر عن صاحب الحق، ويسمى الإتفاق السرى في هذه الحالة بعقد الإستعارة، أو الإسم المستعار "Prête - nam" ومن ثم فإن للصورية طريقتين، أما طريق «ورقة الضد» وإما طريق «الإسم المستعار»^(١).

وتعتبر ورقة الضد هي العقد الحقيقي الذي يبرمه الطرفان، ويخفيان فيها إرادتهما الحقيقية، تحت ستار المظهر الكاذب الذي يعلنانه أمام الكافة، وتأخذ ورقة الضد هذه أشكالاً مختلفة، تختلف الوسيلة فيها من نوع إلى آخر ذلك أنها قد تؤدي إلى إعدام العقد الظاهر، بمعنى أن هذا العقد لا وجود له في الحقيقة، ويكون ذلك عندما يصور أطراف التعاقد للآخرين، بأن هناك عقد، بالرغم من إتفاقهم على أنه لا يوجد في الحقيقة عقد ما، أو أنه - على حد تعبير الفقه

(١) د. أحمد مرزوق، في نظرية الصورية في التشريع المصري، رسالة دكتوراة، ١٩٥٧، القاهرة،

ص ٦، بند ٢.

الفرنسي - عقد وهمي Le Contrat Fictif ذات حروف ميتة - Lettre -
Morte كالمالك الذي يلاحقه دائنيته، فيعمل عقد بيع وهمي لكي يهرب أمواله
من ملاحقيه^(١).

وتلك هي الصورة المطلقة - أو الكلية كما اقترحت ذلك - التي يكون
العقد الظاهر فيها عقداً كاذباً كلياً، وليس له في الحقيقة وجود البتة، وتقتصر
ورقة الضد في هذه الحالة على بيان أن هذا التصرف الظاهر لا وجود له^(٢).

وقد تؤدي ورقة الضد هذه إلى ستر تصرف حقيق، يختلف عن ذلك
التصرف الظاهر من حيث طبيعة التصرف أو نوعه، أو شرط من شروطه أو ركن
من أركانه، وتسمى الصورة في هذه الأحوال بالصورة النسبية، - أو الجزئية كما
ذهبت إليه .

وتلعب ورقة الضد هذه دوراً غاية في الأهمية في هذا النوع من الصورة،
حيث تمثل - وبحق - إرادة أطراف التصرف الحقيقية، فقد يقصدان بالتصرف
الظاهر بيعاً، في حين يتفقان في ورقة الضد على أن هذا العقد هبة لا بيعاً، ويكون
ذلك عادة للتهرب من الشكلية التي يتطلبها القانون في هبة العقار، أو يكون
الظاهر هبة، ويتفقان سراً - بورقة ضد - على أن هذا التصرف بيعاً، وذلك
للتهرب من أخذ الشفيع بالشفعة، في مثل هذه الأمثلة، نجد أن الصورة عملت
على تغيير نوع التصرف، وكان ذلك بالتستر على النوع الحقيقي الذي يقصدانه
المتعاقدان، بل قد يترتب على إخفاء السبب الحقيقي للتصرف، إخفاء طبيعة
التصرف، من ذلك : أن يذكر المدين في سند الدين أن القيمة وصلتنا نقداً،
وتكون الحقيقة أنه لم يتسلم شيئاً، وإنما أراد التبرع بما تعهد بأدائه لباعث
مشروع على حسب الأحوال، فيكون العقد الظاهر قرضاً، والعقد المستتر هبة^(٣).

(١) Alain Benbent, Droit Civil, Les Obligations, 1987, P.108, No. 222.

(٢) د. أحمد سلامة، مذكرات في نظرية الإلتزام، الكتاب الثاني، أحكام الإلتزام، مكتبة عين شمس،
«بدون» ص ٨١، د. إسماعيل غام، النظرية العامة للإلتزام، ج ٢، مكتبة عبد الله وهبة
١٩٦٧، ص ١٩٤.

(٣) د. إسماعيل غام، المرجع السابق، ص ١٩٥، هامش (١)، وانظر نقض مدني في ٣ نوفمبر
١٩٣٢، مجموعة عمر، ج ١، رقم ٦٧ (طعن رقم ٢٣ لسنة ٢ ق).

وقد تستر ورقة الضد هذه ركناً أو شرطاً في التصرف، فتكون ورقة الضد في هذه الحالة مضادة للتصرف الظاهر، فإذا كانت ساترة في تغيير نوع التصرف، فإنها مضادة بالنسبة لتغيير شرط أو ركن في التصرف، كمن يبرم عقد بيع، يذكر فيه ثمناً أقل من الثمن الحقيقي - الذى يذكر بورقة الضد - تهرباً من دفع رسوم التسجيل كاملة، إذ المعلوم أن هذه الرسوم تزيد مع إرتفاع الثمن، وكمن يعطى للعقد تاريخاً سابقاً على تاريخه الحقيقي، لجعله سابقاً على مرض الموت.

هذه هى الصورة التى تتم عن طريق ورقة الضد، ويحتفظ المتصرفان بإرادتهما الحقيقية فى هذه الورقة، فكانت ورقة الضد هذه هى الوسيلة التى عن طريقها لجأ أطراف التصرف إلى الصورة. وهى كما رأينا فى كل أنواعها تختلف عن ذلك التصرف الظاهر، سواء كان الاختلاف كلياً أو جزئياً، ومن ثم كانت الصورة فى جوهرها خلق مظهر قانونى كاذب كلياً أو جزئياً، هذا المظهر الكاذب هو ما يزيد إعتقادنا بعدم مشروعية الوسيلة المتبعة، وأنها تنطوى على خداع الآخرين وغشهم مما يفسر القول بأن الوسيلة عن طريق «ورقة الضد» هى وسيلة آثمة، تظهر خلاف ما تبطن، وفيها من التعارض مع مبدأ إستقرار المعاملات ما فيها، وبالتالي فهى وسيلة غير مشروعة، ويكفى لإفضاء هذا الوصف عليها أنها وسيلة تخالف الحقيقة دائماً، ولا يهم بعد ذلك أن تكون المخالفة كلية أو جزئية.

وغنى عن البيان أن ورقة الضد هذه ينبغى أن تتوافر فيها خصائص معينة حتى تكون ساترة لعقد أو تصرف حقيقى أراد أطراف التصرف الظاهر، ويمكن إجمال هذه الخصائص فى السرية، بحيث لا يطلع عليها سوى أطراف التصرف، وتخترق هذه الخصوصية إذا ما أشير فى العقد الظاهر إلى وجود ورقة الضد، حيث تفقد السرية أهميتها، ويعتبر البند الظاهر - والحال كذلك - إنفاقاً مكمللاً للإتفاق السرى أو الخفى، كما يشترط المعاصرة الذهنية بين التصرف الظاهر والتصرف المستتر المبرم بورقة الضد، بحيث يؤدى الفاصل الزمنى بينهما إلى إعتبار التصرف الظاهر تعديل للعقد السرى أو إبطال له، ولقد أبرز القضاء فى فرنسا ضرورة الملازمة «المعاصرة» حيث صدر حكم انكر صفة ورقة الضد للمحرر العرفى الذى يعترف بدين، ويشير إلى أنه تم تحرير فى أعقاب تقسيم أموال الأسرة،

ولكون سند التقسيم الظاهر قد تم تنفيذه، والإعتراف بالدين تم توقيعه في وقت لاحق، فإن ذلك لا يماثل ورقة الضد^(١).

يضاف إلى ذلك وجوب أن تكون ورقة الضد مكتوبة، فلفظ ورقة الضد تكشف بشكل كاف عن أن الصورة في حاجة إلى الكتابة، وهي بذلك تعني أنها أداة تتعارض مع السند الظاهر، هذا فضلاً عن إتحاد الأطراف في كل من العقد الظاهر والمستتر^(٢).

وإذا كانت هذه هي الوسيلة المتبعة في ورقة الضد، فإن الوسيلة المتبعة في الإسم المستعار إنما تعني أن شخصاً ما يتعاقد مع الغير بإسمه ولحسابه، في حين أنه يتعاقد بإسم ولحساب شخص آخر، حيث تختفي شخصية أحد المتعاقدين، ويظهر في الصورة رجل آخر، وهنا تكون الصورة بطريق التسخير، أو الإسم المستعار، من ذلك ما تقضي به المادة ٤٧١ من القانون المدني من منع عمال القضاء من شراء الحقوق المتنازع عليها، والتي يكون نظرها من إختصاص المحاكم التي يباشرون أعمالهم في دائرتها، فيعتمد بالمتعاقدين - تخايلاً على هذا النص - إلى إخفاء شخصية المشتري تحت ستار شخصية أخرى.

وقد يظهر الشخص المتعاقد أنه يتعاقد بإسم ولحساب «زيد» في حين أن هناك إتفاق على أن تعاقد «لعمرو» وأنه هو الموجه إليه التصرف حقيقة، وهنا يظهر أمام الغير بمظهر الوكيل بالعمولة، ويكون ذلك غالباً - كما ذهب الفقه في فرنسا - بهدف الهروب من قواعد الأهلية الخاصة^(٣).

Toulouse, 27 Avril 1981 : Gaz. Pal 1982. 1. Somm 214 - Contra - Réims, 15(١)
Mai 1973 : Gaz. Pal 1973, 2, 572 (Il n'ya pas Contrat Nouveay Si L' Inten-
tion des Parties résulte Clairement des termes de La Contrelettre Posté-
rieure).

(٢) راجع بالتفصيل، ورقة الضد، د. أحمد مرزوق، المرجع السابق، ص ١٢٣ - ١٥٩، هنري رولاند ورولان بويه، المرجع السابق، ص ٣٨٣ - ٣٨٥ بنود : ٩٠٩، ٩١٠، ٩١١، ٩١٢.

(٣) إنظر في الصورة بطريق التسخير: د. أحمد مرزوق، المرجع السابق، ص ٢٦٣ وما بعدها، د. أحمد لامة المرجع السابق، ص ٨١، د. إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ١٩٦، أنور العمروسي، المرجع السابق، ص ٧٥٥. وفي الفقه الفرنسي: أنظر: —

وهكذا نجد أن الوسيلة من عقد التسخير، أو الإسم المستعار هي بدورها وسيلة غير شريفة، باستثناء بعض الأهداف النبيلة التي يمكن أن تتحقق من وراء هذا الأسلوب في التعامل، وهو ما سوف أتحدث عنه عند الكلام عن الغاية.

ويتضح مما سبق أن الوسيلة سواء كانت عن طريق ورقة الضد، أو عن طريق الإسم المستعار تشترك في حقيقة واحدة، وهي أنها تخالف الحقيقة دائماً، غير أن مخالفة الحقيقة قد لا ترتب عدم المشروعية، في كل الأحوال - كما في حالة الافتراضات القانونية -، ولذلك فإن بحث الغاية من وراء هذه الوسيلة هو الذي يمكننا من القول بأن هذا التصرف في ذاته مشروعاً أو غير مشروع، وهو ما سوف أتناوله في البند التالي:

البند الثاني : الغاية من الصورية

للصورية أهداف متعددة، وغايات مختلفة، لا تقع تحت حصر، ولهذا كانت الغايات من الصورية ذات طبيعة مختلفة تماماً، ويمكن القول بأن الفقه يكاد يجمع على أن للصورية أغراضاً وعللاً، هي سبب الخفاء الحاصل في الصورية، هذه الأغراض بعضها مشروع - من وجهة نظر الفقهاء - ولكنه نادر، كشخص يريد أن يؤثر أحد أبنائه بشيء من ماله لما يراه فيه من جد واجتهاد في تكوين ثروته، فيعمل له عقدة هبة في صورة عقد بيع، حتى لا يشير البغضاء والشحناء بين أفراد أسرته، أو أن يتفق شخص مع آخر يلوذ به أن يبيعه صورياً النصاب المالي المطلوب لمركز يرشح نفسه له، أو يبيعه بيعاً صورياً ما لا يظهر به في مظهر اليسار، حتى يتسنى له الإنحراف في جمعية أو شركة يتطلب هذا اليسار أو مصاهرة أسرة تقتضي اليسار، أو كمن له عند أحد أقاربه دين، ولكنه يخشى مطالبته بإبقاء على روح المودة وحسن العلاقة، فيلجأ إلى إسم مستعار يحول إليه الحق تحويلاً صورياً ليتمكن هو من مقاضاته، وكمن يريد أن يشتري قطعة أرض هو في أشد الحاجة

Marcel Planiol : Traite de Droit Civil, T. 2, 1926. P. 735

حيث يحدد معنى الإسم المستعار، وأيضاً هنري وولاند، المرجع السابق فقرة ٩١٩، (Alain Benabent) المرجع السابق، ص ١٠٨، فقرة ٢/٢٢، وإنظر في الفرق بين الصورية بالإسم المستعار والوكالة بالإسم المستعار: الأستاذ / محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق ص ٨٨٢، أنظر ص ٢٠٦ من هذه الرسالة.

إليها، ولكنه يخشى أن ينتهز البائع فرصة إحتياجه فيرفع الثمن عليه، فيلجأ المشتري إلى إسم مستعار^(١).

على أن البعض الآخر من أغراض الصورية - وهو الغالب - غير مشروع، وهذا النوع من الصورية كثير متعدد، إلا أنه يمكن تصنيف هذه الأغراض غير المشروعة إلى ما كان منها غير مشروع للغش والإضرار بحقوق الآخرين، وما كان منها غير مشروع للغش نحو الخزنة العامة، وأخيراً ما كان منها غير مشروع للغش نحو القانون والتحايل على أحكامه الآمرة المتعلقة بالنظام العام أو الآداب ويمكن توضيح ذلك بالأمثلة الآتية :

(١) الغاية من الصورية هي الغش نحو الغير ولها صور عديدة منها : (٢)

أ - قد يقصد المتعاقدان الإضرار بالشفيع، بأن يخفيا البيع تحت ستار الهبة، أو يذكران ثمناً أكبر من الثمن الحقيقي لمنع الشفيع من أن يأخذ بالشفعة في العقار المبيع.

ب - قد يلجأ المدين إلى الصورية للإضرار بدائنيه، فيتواطىء مع مشتر صوري على إخراج أمواله «المبيع» من الضمان العام، الذي يستطيع الدائنون الحجز عليه لإستيفاء ديونهم.

ج - إذا أراد المورث أن ينقل إلى أحد الورثة أو لاجنبى أكثر من الثلث ويخشى معارضة بقية الورثة، فيصب الوصية في صورة عقد بيع، إضراراً بحقوق الورثة، أو أن يكتب الموصى للموصى له سنداً بمبلغ كبير يزيد على ثلث التركة، ويذكر فيه أن سبب الدين هو القرض، وهو في حقيقته وصية، إضراراً بحقوق الورثة أيضاً.

(١) راجع في هذه الأمثلة: د. أحمد مرزوق، المرجع السابق، ص ٦، ٧، بند ٤، الصورية في ضوء

الفقه والقضاء، م/ عز الدين الدناصري، د. عبد الحميد الزاوي، المرجع السابق، ص ١٩.

(٢) د. السنهوري، الوسيط ج ٢، ص ١٣٩٣ وما بعدها، د. إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص

١٩٥ د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٨٠. ند ٥٣، د. أنور سلطان، الموجز في النظرية

العامة للإلتزام، ج ٢، أحكام الإلتزام، ١٩٧٠، فقرة ٤٠٣، د. محمد عمران، دروس في آثار

د - ما يقدم عليه المتعاقدان من تقديم تاريخ العقد الذى ينعقد فى مرض الموت، ليجاز تصرفه فى مواجهة الورثة، وحتى لا يعتبر تبرعاً، فتسرى عليه أحكام الوصية (م ٩١٦).

٢- الغاية من الصورية هى الغش والإضرار بحقوق الخزنة العامة (١)

ويتحقق ذلك عندما يذكر المتعاقدان فى العقد ثمن أقل من الثمن الحقيقى تهرباً من دفع رسوم التسجيل كاملة، إذ أن رسم التسجيل رسم نسبي، أو أن يكون عقد البيع فى صورة عقد قسمة، تهرباً من دفع رسوم تسجيل البيع الذى يفوق رسوم تسجيل عقد القسمة، أو أن يأخذ البائع سنداً بالثمن على المشتري، ويذكر فيه أن سبب الدين هو القرض لا البيع، تهرباً من رسوم التسجيل أصلاً.

(٣) الغاية من الصورية هى الغش نحو القانون والتحايل على أحكامه الآمرة (٢)

ولهذه الصورة تطبيقات كثيرة، تكاد لا تقع تحت حصر، ومن أمثلتها ما يلى :

أ - إذا قام المتعاقدان بستر عقد الهبة، فى صورة عقد بيع صورى للتهرب من الرسمية التى يتطلبها القانون فى الهبة (م ١/٤٤٨).

ب - قد يحرم القانون على شخص أن يتعاقد بنفسه، كالحظر الوارد فى المواد ٤٧١، ٤٧٢، ٤٧٩، ٤٨٠ من القانون المدنى الجديد، فيستعير إسم شخص آخر يتعاقد بإسمه، أو كالحظر الوارد بالمادة ٦٦٧ من قانون المرافعات الجديد، حيث حرم هذا القانون على المدين أن يدخل فى مزاد بيع عقاره المتزوع ملكيته، حرصاً على حرية المزاد، وضماناً لحقوق الدائنين، فيلجأ المدين إلى إسم مستعار ليتزايد بإسمه حتى يرسو عليه المزاد.

ج - قد يتفق شخص مع آخر على ارتكاب جريمة نظير مبلغ من المال، ويكتبان سنداً يذكران فيه أن سبب الدين هو القرض، مع أن السبب الحقيقى ليس سوى مقابل ارتكاب جريمة.

(١) د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٨١، د. إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ١٩٥.

(٢) راجع فيهذه الأمثلة: د. أحمد مرزوق، المرجع السابق، ص ٨.

د - قد تكون الصورية وسيلة خصبة للمرايين، يستطيعون أن يستروا بها الربا الفاحش - الذى لا يقره القانون - تحت ستار عقود كثيرة كالبيع، أو الصلح أو الإجارة.

هـ - قد تكون الصورية بطريق التسخير وسيلة للتهرب من قواعد الأهلية الخاصة، التى يتطلبها القانون، ويكون ذلك عندما يسخر عديم الأهلية أو ناقصها شخصاً آخر فى هبة لا يستطيع هو القيام بها لعدم إكتمال أهليته، ويكون ذلك بتواطؤ الموهوب له.

هكذا نجد أن للصورية أغراضاً متعددة، بعضها مشروع - فى نظر الفقهاء - والبعض الآخر غير مشروع، على النحو السابق بيانه، غير أن المشروع منها إنما راعى الغاية فقط، دون الوسيلة، ولقد قلت غير مرة أن الحكم على التصرف ينبغى أن يأخذ فى الاعتبار الوسيلة والغاية، معاً، ليكون الحكم صحيحاً، وهذا النوع ما دفعنى إلى مناقشة ما ذكره الفقهاء من صورية فى الفرع التالى :

الفرع الثانى

مناقشة الصورية المشروعة^(١)

ذكر بعض الفقهاء أن للصورية أغراضاً مشروعة، والتى بسببها أو جدها المشرع بين ثنايا التقنين المدين، ومن أمثلة الأغراض المشروعة التى ذكرت فى مجال الصورية ما يلى :

١ - أن يقصد المتعاقدان إظهار أحدهما بمظهر الشراء لإستكمال النصاب المالى المطلوب للترشيح لوظيفة معينة تستلزم توافر هذا النصاب، كالترشيح لمركز العمدية مثلاً.

(١) راجع فى الأمثلة الصورية المشروعة: د. السنهورى، الوسيط، ج ٢، ص ١٣٩٣ بن ٦١٠، د. إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ١٩١، بند ٢، د. أحمد مرزوق، المرجع السابق، ص ٦، بند ٤، د. وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامى، دراسة مقارنة بالفقه الغربى، ١٩٦٠، ص ٣٨٤، فقرة ٣٩٧.

هذا مثال للصورية المشروعة في نظر الفقهاء، ولكن هل حقيقة هذا التصرف يعتبر مشروعاً طبقاً للرأى القائل به، كيف يكون مشروعاً، والقصد منه التحايل على القانون وغشه وخداعه؟ ففى هذا المثال نجد أن الشخص يتحايل على القانون الذى يتطلب شروطاً معينة فى شكل الوظيفة، فيلجأ إلى إبرام تصرفات صورية مع الغير لإستكمال تلك الشروط، فهل من الأخلاق أن نلجأ إلى الغش وإلى الصورية لتحقيق هذا الغرض اللأ أخلاقى، إن ما يراه البعض من هذا الغرض مشروعاً، إنما هو من وجهة نظرى - على الأقل - منافى تماماً للحقيقة التى تشهد بأن هذا التصرف غير مشروع، وينافى أبسط مبادئ الأخلاق التى تحض على الصدق وعدم الغش، فضلاً عن منافاتها للشريعة الإسلامية الغراء، والتى تخص دائماً على التمسك بالخلق وحسن النية، والصدق فى إبرام التصرفات القانونية.

وغنى عن البيان إن هذه المناقشة يمكن الرد بها على القائلين بمشروعية الصورية فى حالة ما إذا قصد المتعاقدان من الصورية، إظهار أحدهما بمظهر اليسار، لكى يتمكن من الإنخراط فى جمعية أو شركة أو مصاهرة أسرة معينة تستلزم هذا اليسار، إذ يكفى للرد على ذلك - فضلاً عما سبق - إن هذا التصرف من شأنه إيهام الغير بحقيقة كاذبة، وأساس مشروعية التصرفات القانونية، إنما يكمن فى قصد المتعاقدين، على أن يكون ذلك فى إطار من القانون وعدم المخالفة للنظام العام أو الآداب، وعدم الإضرار بالغير، وهو المعيار الذى أقمناه حاسماً للمشروعية، وهو ما لم يتحقق فى مثل هذه الأمثلة، ولا محل للقول بأنه ليس فى هذا غش نحو الغير، إذ يشترط فى الغش أن يكون ضد مصلحة شخصية مباشرة لشخص معين أو جماعة من الناس معينين كجماعة الدائنين الذين يمثلهم السنديك أو ضد حق^(١). إذ يكفى للرد على ذلك أن هذا التصرف من شأنه توهم غير الحقيقة، لأنه يقصد به إيهام الغير بحقيقة كاذبة لا أساس لها.

٢- قد يقصد من وراء التصرف الصورى إشار البعض على البعض الآخر، كشخص يريد أن يؤثر أحد أبنائه بشىء زائد من ماله، مكافأة له على

(١) راجع فى هذا الرأى: د. أحمد مرزوق، المرجع السابق، ص ١٠١، بند ٧٠.

إجتهاده، فيلجأ إلى إبرام عقد هبة في صورة عقد بيع، حتى لا يثير البغضاء والشحناء بين أفراد أسرته.

ولكن أى غرض مشروع فى هذا المثال، هل إظهار وتفضيل بعض الأبناء على البعض الآخر عمل مشروع، حتى يمكن الحكم على الصورة - التى تحقق ذلك - بأنها مشروعة؟. يكفى للرد على ذلك أن الأب يستتر تحت تصرف صوري، حتى لا يثير البغضاء والشحناء بين أفراد الأسرة، ولا يتحقق هذا الهدف إلا إذا كنا فى مأمن من معرفة بقية الأسرة بهذا التصرف، والغالب أنهم يطلعون على حقيقته، ولهم إثبات ذلك بكافة طرق الأدب، وعادة ما ينجحون فى إثبات صورية هذا التصرف ومن ثم يأتى ما كان الأب يخشاه منذ البداية، فتكون البغضاء والشحناء بين أفراد الأسرة قائمة، بعد أن كان خطراً يزجى إستبعاده، مع ما لهذا من أثر فى إنعدام الثقة والإستقرار فى المعاملات لا بين أفراد المجتمع فحسب، ولكن بين أفراد الأسرة الواحدة.

٣ - من يريد أن يشتري منزلاً من آخر، ولكنه خشى لظروف خاصة أن يرفع البائع الثمن عليه، إذا ظهر بنفسه فى العقد، أو من يكون له عند أحد أقاربه دين، وخشى أن طالبه بنفسه عن طريق القضاء، إنقطاع أو اصر المودة بينهم فآثر هذا وذاك أن لا يظهر بنفسه فى التصرف، فقام بتسخير شخص آخر إتفق معه على أن يرم عقد البيع فى المثال الأول لمصلحته ولحسابه، كما قام بتحويل الحق صورياً إلى شخص آخر - فى المثال الثانى - حتى يتسنى له مطالبة هذا القريب، وبذلك يأمن إرتفاع الثمن فى المثال الأول، وإنقطاع رابطة القرابة فى المثال الثانى. والحقيقة أن هذين المثالين وأمثالهم إنما فيهما غلط كبير. ذلك أن الصورية بطريق التسخير يفترض فيها علم المسخر، والمخر له، والمتصرف مع المسخر، بأن هذا التصرف يتم صورياً، وبالتالي ينصرف آثار التصرف إلى المسخر له مباشرة بمقتضى إتفاق الأطراف على ذلك. هذا إذا إتخذ المتصرف فى المثالين السابقين شخصاً من الغير وسخره، أما إن ظهر هو بنفسه باسم شخص آخر يتفق معه على ذلك، فإنه لا يأمن معرفة البائع له بنفسه - وخاصة أن هناك ظروف خاصة منعه من الظهور بنفسه - فى المثال الأول، ومعرفة القريب له فى المثال الثانى، وبالتالي

لا تؤدي الصورية غرضها المشروع في المثاليين، وذلك على الفرض الثاني الذي يتخذ المتصرف فيه إسمًا من الغير، أما على الفرض الأول الذي يتخذ المتصرف فيه مسخرًا، فلا شك أن ذلك وكالة عادية، طالما لم يعلم المتصرف مع المسخر بأن هذا المتصرف صوري لحساب ولمصلحة المسخر له، إذ الفرض في الصورية معرفة هذا المتصرف بالصورية وأبعادها، وتلك هي جوهر التفرقة بين الصورية بطريق التسخير، والوكالة بطريق التسخير^(١).

والحقيقة أنه يمكن القول بأن كل أنواع الصورية إنما هي صورية غير مشروعة سواء كانت عدم المشروعية في الوسيلة، أو في الغاية، فلا نكاد نعثر على مثال واحد تكون فيه الصورية مشروعة لها أهدافها النبيلة، فضلاً عن وسائلها المشروعة، وهذا ما دعى البعض القائل بأن للصورية أغراضاً مشروعة أن يتراجع عن أقواله ويذكر أنه إذا كان الغرض من الصورية في مثل هذه الأحوال شريفاً مشروعاً، إلا أنه إذا ظهر للوسيط أو لمن إنتقلت إليه الملكية صورياً دائنون بعد ذلك، فإن لهؤلاء الدائنين الحق قانوناً في إعتبار هذا المال، مال مدينهم، ويدخل في ضمانهم العام، أي أن الغش يعود من تلقاء نفسه في هذه الحالة ما دامت الصورية قائمة، فالغرض من هذه الأمثلة - التي ذكرت بإعتبار أنها مشروعة - كان شريفاً، ولكن الطريقة التي اتبعها - المتصرف صورياً - للوصول إلى غرضه كانت معيبة^(٢).

ولهذا فإنني أقرر أن كل أنواع الصورية غير مشروع، أيًا كان الغرض منها، لأنه لو كان الغرض نبيلًا، لكانت الوسيلة غير ذلك، إذ يكفي فيها أنها تأتي مخالفة للحقيقة دائماً، ولو كان للصورية بصيص من نور المشروعية لتمت علانية دون سر أو خفاء لتصرف آخر يستره ذلك التصرف الصوري الظاهر.

ولعلني لا أكون مبالغاً إذا قلت بأن الصورية - من وضوح عدم مشروعتها - أضحت مذمومة، ينظر إليها بعين الحظر والريبة، حتى حق فيها قول الفقه الفرنسي: «الأمر الشائع أن الصورية مبعثها فكرة التدليس»^(٣)

(١) راجع الفرق بينهما : . . . آنفاً

(٢) د. أحمد مرزوق، المرجع السابق، ص ١٠١، بند ٧٠.

(٣) أنظر : هنري رولاند، ولارون يوييه، المرجع السابق، الصورية، ص ٣٨٧، بند ٩٢٠.

ولهذا كانت الصورية خطراً على إستقرار التعامل، الذي يتطلب قدراً من العلانية التي يرب الناس عليها أوضاعها في معاملاتهم، ومن هنا فإننا ندعو إلى إلغائها وإبطال أي تصرف ينشأ عنها، ليس هذا فحسب، بل إننى مع رأى القائل بأن الصورية ينبغي أن تكون جريمة معاقب عليها، عندما ذكر فى مقاله أنواع من الصورية العديدة التى تجزم بالقول بأن الصورية ما هى إلا جريمة ينبغي على المشرع الوضعى أن يقرر لها عقاباً رادعاً، حتى لا تكون ستاراً للتلاعب، خاصة فى مسائل العقيدة والأديان، وقد ذكر سيادته نماذج عديدة لأولئك الذين وجدوا فى الصورية ضالتهم المنشودة فعمدوا إليها هروباً من بعض أحكام الدين الذى يعتنقونه، فإذا ما عن لهم أن يرجعوا إلى دينهم - بعد إنتهاء أغراضهم - رجعوا إليه دون وازع من ضمير أو دين^(١)

ولهذا وصفت الصورية بأوصاف متعددة ذكرها البعض فى مؤلفاته وأشارت إليها قبل ذلك^(٢)

الفرع الثالث

موقف المشرع المصرى من الصورية

يتضح مما سبق أن الصورية نظام غير طبيعى، الفرض منها هو الغش نحو القانون أو الغير أو الخزنة العامة، وقد عم إستعمالها حتى شمل جميع أفرع القانون المختلفة، وأينما حل إستعمالها حل الغش وإستقر، حتى أصبحت كلمة ورقة الضد ترادف كلمة الغش، وقد إنتشر إستعمالها حتى أضحت خطراً على إستقرار التعامل، وثبات المبادلات، ولذا فقد نظر إليها المشرع بعين السخط، إذ لا يسمح - كما يقول جوسران^(٣) - بأن تكون الحقوق أسلحة للخبيث وسوء النية، بل يجب أن يحارب الغش بلا شفقة، ولا تعرض الحق نفسه - إذا إستمر لأغراض غير إجتماعية - للإختناق تحت تأثير الخروج عليه.

(١) راجع مقال الأستاذ/ عزيز بك خانكى المحامى، القيم: الصورية ووجوب إعتبارها جريمة مجلة القانون والاقتصاد، القسم الأول، السنة السابعة، من ٤٢٧ - ٤٣٨.

(٢) راجع فيما قاله البعض فى الصورية: د. أحمد مرزوق، المرجع السابق، ص ٩، بند ٧.

(٣) مشار إليه فى رسالة الدكتور/ أحمد مرزوق، المرجع السابق، ص ١٠٤، بند ٧٤.

يبد أن المشرع المصرى كان عليه أن يسلك الطريق الذى يجمع الغش ويقضى به على سرية ورقة الضد، أياً كان الباعث عليها، حماية للغير حسن النية الذى يعتمد على العقد الظاهر، إستقراراً للتعامل، ولهذا كان أمام المشرع المصرى وهو يصدد صياغة نص المادتين ٢٤٤، ٢٤٥ من القانون المدنى الجديد ثلاثة حلول (١) :

الحل الأول : أن ينتصر لعامل إستقرار التعامل إنتصاراً كاملاً، فيجعل العقد الظاهر هو الذى يسرى فيما بين المتعاقدين، وبالنسبة إلى الغير على السواء، دون العقد الحقيقى، ولكن وجد أن فى هذا الحل تحكماً لا مبرر له، إذ قد يكون للمتعاقدین مصلحة مشروعة فى إخفاء تعاقدتهما، فضلاً عما فى هذا الحل من إقتيات على مبدأ حرية التعاقد من جهة، ومبدأ حسن النية الذى هو روح الإتفاقات فى العقود من جهة أخرى، يضاف إلى ذلك أن هذا الحل لم تأخذ به التشريعات التى أخذت بمذهب الإرادة الظاهرة إلى حد بعيد.

الحل الثانى : أن ينتصر لمبدأ سلطان الإرادة إنتصاراً كاملاً، فيجعل العقد الحقيقى هو الذى يسرى فيما بين المتعاقدين، وبالنسبة للغير على السواء، ولكن وجد أن هذا الحل فيه خطراً على إستقرار التعامل، وقد أخذ به القانون الرومانى منتصراً لمبدأ الرضاية إنتصاراً كاملاً وذلك لسببين : الأول أن فقهاء القانون الرومانى لم ينتبهوا إلى ما لورقة الضد من خطر على إستقرار التعامل، الثانى : لما إمتاز به فقهاء الرومان من منطق جبار وإنسجام تام، إذ أنه ما دام العقد الحقيقى هو الذى يسرى فيما بين المتعاقدين، فيجب أن يسرى كذلك بالنسبة للغير، وما على الغير إذا ما أصابه ضرر إلا أن يرجع بدعوى التعويض على من سبب له الضرر، ولذلك كانت العبرة فى القانون الرومانى بالعقد الحقيقى المستتر دون العقد الظاهر، سواء بالنسبة للمتعاقدین أو بالنسبة للغير.

الحل الثالث : هو التوفيق بين عامل إحترام الإرادة، وعامل الإستقرار وهذا

(١) أخذت هذه الحلول بنصها من الرسالة السابقة، د. أحمد مرزوق، المرجع السابق، ص ١٠٦ وما بعدها، د. وحيد^١، بن سوار، التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامى دراسة مقارنة بالفقه الغربى، ١٩٦٠، ص ٢٨٥ وما بعدها، قمر ٤٠١، ٤٠٢، ٤٠٣.

هو الحل الذى آثره المشرع المصرى، وهو حل وسط، ولو أنه غير منطقى إلا أنه حل عملى وقتت به بعض التشريعات بين مصلحة المتعاقدين، وبين مصلحة الغير فنص المشرع فى المادة ٢٤٤ من القانون المدنى الجديد فقرة ١ - «إذا أبرم عقد صورى فلدائى المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسنى النية أن يتمسكوا بالعقد الصورى، كما لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر، ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذى أضر بهم. ٢ - إذا تعارضت مصالح ذوى الشأن فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر، وتمسك الآخرون بالعقد المستتر، كانت الأفضلية للأوليين. كما نص فى المادة ٢٤٥ على أنه «إذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر، فالعقد النافذ بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقى».

هذه هى الحلول التى كانت أمام المشرع المصرى وهو يتعرض لذكر الصورية، وقد نقلتها كما هى عن صاحب رسالة «نظرية الصورية فى التشريع المصرى» حتى يتسنى لنا مناقشتها على ضوء النتائج التى توصلت إليها.

ويمكن القول بأن الحل الذى أخذ به المشرع المصرى - من بين هذه الحلول - لم يكن حلاً وسطاً بقدر ما كان تردداً من المشرع بين الإعتداد بالتصرف الصورى وبين رفضه، وذلك أنه يعتد بالعقد الحقيقى بالنسبة لأطراف التصرف، بينما يعتد بالعقد الظاهر بالنسبة للغير، ولعل هذا من المشرع المصرى مشجعاً على الأخذ بالصورية وإتساع نطاقها، لأنه بهذا التصرف يساعد أطراف الصورية على الإضرار بالغير، بل يشجعهم على ذلك، فعندما تنعكس على الأطراف آثار الصورية الضارة مجدهم - بناء على نص المادة ٢٤٥ - يتمسكون بورقة الضد، أى العقد الحقيقى المستتر فمثلاً: يستطيع المدين أن يضر بدائىه بالتصرف فى أمواله بالبيع الصورى مع الإحتفاظ بورقة الضد التى تنص على أن هذا البيع لا أساس له من الصحة، وبالتالي يتلافى المدين - بناء على ذلك - قيام الدائنين بالتنفيذ على أمواله لسداد ديونهم، ومن ثم يكون المدين قد إستفاد من الصورية، فإذا ما إنتقلنا إلى المشتري الصورى نجد أنه بناء على الوضع الظاهر يستطيع دائنوه أن ينفذوا على أمواله التى إنتقلت إليه بالبيع الصورى، وفقاً للوضع الظاهر، فإذا ما أراد الدائنون ذلك تمسك المشتري الصورى بورقة الضد، بإعتبار أن هذا البيع لا حقيقة له، وبالتالي يتمسك بالحجة التى أعطاها له القانون، ومن ثم

يقتار كل من دائتي البائع والمشتري على السواء بفضل الحق الذي أعطاه القانون للمتعاقدتين، وهو التمسك بالعقد الحقيقي، ليس في هذا الموقف تشجيعاً من المشرع على إتساع نطاق الصورية، بالرغم من إقراره بأنها أصبحت ممقوتة ؟ ولذلك أقترح :- كما سبق القول - أن يأخذ المشرع المصري بالعقد الظاهر مطلقاً، سواء فيما بين المتعاقدين، أو الغير، وذلك إستناداً إلى الإرادة الظاهرة، واستقراراً للتعامل بين أفراد المجتمع، وليس ذلك اقتيات على مبدأ حرية التعاقد - كما يدعون - بل أن ذلك تطبيق حترفي لهذا المبدأ، لأن المشرع المصري لو أخذ بالعقد الظاهر أساساً بين المتعاقدين والغير، لإستطاع بذلك أن يقضى على الصورية تماماً، لأنه لو حدث ذلك لوجدنا أن أطراف الصورية يترددون أكثر مرة قبل الإقدام على إبرام مثل هذه التصرفات اللا أخلاقية، فمثل هذا البائع المدين كان سيتردد أكثر من مرة قبل إجراء مثل هذا التصرف الذي سيكون في هذه الحالة تصرفاً نهائياً لا عودة فيه، وبالتالي لن يقدم عليه خشية أن يفقد أمواله، وهو أن يفقدها وفاء لديونه أفضل من أن يفقدها دون طائل يعود عليه، والقول بالتمسك بالعقد الظاهر أيضاً سيجعل من المشتري الصوري شخصاً متردداً قبل أن يقدم على هذا التصرف، إذ لا يستطيع أن يتمسك بورقة الضد - والحال كذلك - في مواجهة دائتيه، ولو فرض أنه قبل ذلك لعدم وجود دائتين له، فإن البائع سيكون أكثر تردداً قبل أن يقدم على التصرف الصوري مخافة أن يخون المشتري الثقة التي خولها إياه البائع، ويتمسك بالعقد الظاهر الذي يعطيه القانون هذا الحق - إذا ما أخذ به المشرع -

يضاف إلى ذلك أن القانون الروماني لم يأخذ بالإرادة الحقيقية إلا عندما إنتشرت الرضائية، وأراد الرومان أن ينتصروا لها إنتصاراً كاملاً، وينفضوا الغبار الذي علق بالمجتمع نتيجة الأخذ بالشكلية، فهم كالظمان الذي رأى سراباً فتعلق به من شدة الظما، دون أن يشعر بأن ذلك لا يروى ظمؤه.

ولعل في الأخذ بالإرادة الظاهرة - من المشرع - ما يوجب معاملة المشتري بنقيض مقصودة، ذلك المبدأ المقرر في الفقه الإسلامي، فإذا أراد البائع صورياً الإضرار بدائتيه، فإنه يعامل بنقيض مقصوده، ويخرج أمواله من ملكه إلى غير رجعة، وهذا ما يجعله يحجم كلية عن الصورية.

ويبدو أن المشرع المصري قد إستشعر ضرورة الأخذ بالإرادة الظاهرة، لتلافي الصورة، فقرر - حتى بالنسبة للغير - أنه إذا تعارضت مصالح ذوى الشأن - من الغير - فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر، وتمسك الآخرون بالعقد المستتر، كانت الأفضلية للأولين م ٢/٢٤٤. وفي هذا تغليب للإرادة الظاهرة، التي تضمن إستقرار التعامل، وتبادل الثقة بين الناس وليس في هذا الحل إفتيات على حرية التعاقد - كما ذكرت - وليس فيه أفتيات على مبدأ حسن النية، بل على العكس - هذا الحل يتفق وحسن النية إتفاقاً كاملاً، بناءً على أن حسن النية يعتمد على الوضع الظاهر، إعتماداً كلياً، أما عدم الأخذ به من قبل التشريعات التي أخذت بمبدأ الإرادة الظاهرة، إلى حد بعيد، فإن ذلك ليس حجة لجعل المشرع المصري متردداً هذا التردد، إذ أن التشريعات ستظل دوماً في صراع بين النظريات والفلسفات وكلما ظهرت نظرية، وأثبتوا بما لا يدع مجالاً للشك أنها صالحة للتطبيق، إذا بالواقع العملي سرعان ما يثبت عكس ذلك، وهذا هو شأن التعارض بين الإرادة الظاهرة، والإرادة الباطنة، والذي سيستمر دائماً حتى يثبت صحة الأخذ بأحدهما.

أما وقد بينا أن الصورة في جملتها غير مشروعة بل أصبحت رذيلة ممقوتة، مما دعا البعض إلى إعتبارها جريمة، على المشرع أن يتدخل بالعقاب عليها، فإن العمل على عدم الإعتداد بها - من المشرع - أولى من العمل على الإعتداد بها ، ومحاولة التوفيق بين مصالح ذوى الشأن سواء من المتعاقدين أو الغير - وكما يقول فقهاء الفقه الإسلامى «درء المقاسد مقدم على جلب المصالح».

لذا أرى ضرورة تدخل المشرع المصرى بإلغاء الصورة تماماً، وإعتبارها جريمة يعاقب عليها، خاصة وأن المحاكم فى مصر إصطلحت على تسميتها بالصورة التدليسية^(١)، ولن يكلف ذلك، المشرع المصرى كثيراً، فيكفى أن يعتد بالعقد الظاهر سواء فيما بين المتعاقدين، أو بالنسبة إلى الغير، خاصة أنه العقد المعول عليه أمام القضاء، فى حالة العجز عن إثبات الصورة^(٢).

(١) د. أحمد مرزوق، المرجع السابق، ص ١٠٠، هامش (١).

(٢) نقض مدنى فى ١٩٨٠/٥/٢٨، مجموعة أحكام النقض، ص ٣١، ج ٢، ص ١٥٣١، رقم ٨٨ (طعن رقم ٦٨٥ لسنة ٤٥ ق).

المبحث الثاني

مدى مشروعية الحيل في الفقه الإسلامي

تمهيد وتقسيم :

تغني المشروعية : بقاء التصرف مشروعاً - كما هو الأصل - بحيث يكون مباحاً، أي كانت درجة إباحته، فيجوز للإنسان أن يباشره ليصل من ورائه إلى مقصده، وبالتالي فإن عدم المشروعية تعني هي الأخرى : خروج العمل من دائرة المشروع إلى دائرة المحظور والمحرم، أي كانت درجة حرمة، فلا يجوز للإنسان أن يباشره، كما لا يجوز له أن يصل من ورائه إلى أهداف يبغيها وأغراض يسعى لتحقيقها، حيث قام الدليل على إلغائه وعدم إعتبره.

يبد أن التصرف الصادر من الإنسان يكون محاطاً بعوامل خاصة، هي التي تجعل منه مظهراً مادياً، وشكلاً من أشكال التصرف المتعارف عليها بين أفراد المجتمع، وتتحقق به شتى أنواع التعامل فيما بينهم، هذه الظروف تحدث عنها حجة الإسلام - الإمام الغزالي - حيث ذكر أن «كل عمل - أعني كل حركة أو سكون - اختياري لا يتم إلا بثلاثة أمور، علم، وإرادة، وقدرة، لأن الإنسان لا يريد ما لم يعلم، فلا بد وأن يعلم، كما أنه لا يعمل ما لم يردده ويقدر عليه، فلا بد من إرادة وقدرة^(١).

ولما كانت جميع التصرفات خاضعة للحكم عليها شرعاً، وكان الحكم في مجمله إما مشروع وإما غير مشروع، فإن هذه التصرفات تكون إما مشروعة وإما غير مشروعة.

ويلاحظ أن كل التصرفات تكون محاطة بالعوامل الثلاثة السابقة، ولكن هل تتوافر هذه العوامل في تصرفات المحتال؟

الملاحظ أن المحتال يعلم تماماً التصرف الذي يباشره من أجل الحصول على غرضه، كما أنه يريد النتيجة التي تتحقق من وراء مباشرته لهذا التصرف، فضلاً عن ذلك فإنه يتصف بقدرة فائقة يستطيع بها الوصول إلى غرضه بطريق خفي لا إطلاع للبشر عليه غالباً، وبهذا تتحقق في تصرفات المحتال هذه العوامل الثلاثة،

العلم بما يقدم عليه من تصرفات، وإرادة النتيجة المترتبة عليها، والقدرة على الوصول إليها.

ومن ثم فإن البحث في مجال تصرف المحتال ومدى مشروعية هذا التصرف من عدمه ينبغي أن يكون في إطار هذا التصرف مستقلاً عن أية مؤثرات خارجية، وبالتالي فإنه يخرج عن نطاق البحث كل تصرف تؤثر عليه مؤثرات خارجية، مهما كان وجه الشبه بينها وبين تصرف المحتال، فيخرج عن نطاق البحث مثلاً تصرفات منعدمي الإرادة عموماً كالمجنون والمغمى عليه والنائم والسكران والصبي غير المميز، كما يخرج أيضاً تصرفات المخطيء والناسي، وأيضاً يخرج تصرفات المكره والهازل. ذلك لأن الطائفة الأولى لا إرادة لها فضلاً عن نفى العلم عندها مثلها في ذلك مثل الجاهل سواء بسواء، كما أن الطائفة الثانية لم تعبر عن إرادتها تعبيراً صحيحاً، فإنعدمت إرادتها الحقيقية واختفت وراء عبارات، وألفاظ خاطئة، أما الطائفة الأخيرة، فلديها علم وإرادة إلا أنها لا تملك القدرة على تنفيذ إرادتها الحقيقية.

وعلى ذلك فإن بحث مشروعية تصرفات المحتال من عدمها إنما يكون في ضوء عمل أو تصرف وسيلة يتم بها وغاية يهدف إليها، ومن ثم فإن المشروعية تبنى على مجموع هاتين الفكرتين.

ولما كانت الحيل مختلفة أنواعها، متباينة أقسامها نظراً لاختلاف الوسيلة والغاية فإن البحث في مدى مشروعية الحيل في الفقه الإسلامي يتطلب عرضاً مستفيضاً لأنواع الحيل - التي تحدث عنها في الفصل السابق - وآراء الفقهاء في كل نوع منها.

ذلك أن الحيل متنوعة تنوعاً يكاد يجعلها لا تنتهي، حيث لا ضابط يحكم أنواعها ويبين أقسامها، حيث يتخذ المحتال في كل تصرف له وسيلة تختلف عن تلك الوسيلة التي إتبعها في تصرف سابق مماثل وهذا ما يجعلها تكاد لا تنتهي كمن تريد أن تفسخ رابطة الزوجية بينها وبين زوجها فتارة تحتال على ذلك بالردة،

ونارة أخرى يتمكن أحد أصول زوجها أو أحد فروعها من الإيقاع بها، وثالثة بإدعائها بأنها لم تأذن لوليها في مباشرة عقد نكاحها، وهكذا تتنوع الحيل تبعاً لاختلاف الوسائل، وتباين الغايات، ولعل السبب في كثرتها هو ذكاء المحتال الذي يسلك طريقاً يختلف ظاهره عن باطنه، فيتخذ الطريق الذي يتفق وأحكام الشرع توصلاً بذلك إلى أغراض هي بعيدة كل البعد عن أحكام الشرع، ولذلك فإن البحث عن نية المحتال وما يبغيه من وراء تصرفه أمر ذات خطر عظيم لكي يكون الحكم على تصرفاته صحيحاً. حيث يترتب الحكم على مجموع الأمرين معاً الوسيلة والغاية - وإذا كان أمر الوسيلة ظاهراً حيث يترتب الحكم على الوسيلة الظاهرة، فإن الأمر يدق بالنسبة للغاية، لأنها غالباً ما تكون كامنة في النفس لا إطلاع لأحد عليها من البشر، فالوسيلة أمر مادي يطلع عليها جميع البشر، بخلاف الغاية والهدف فإنها كثيراً ما تكون خفية، كمن يهب ماله وكل همه أن يقطع الحول حتى لا يجب عليه الزكاة، ويستطيع بذلك أن يسقط عنه فريضة الزكاة أبداً، وبالتالي فإن أمر الهبة ظاهر، أما إرادة قطع الحول حتى لا تجب الزكاة فغير ظاهر، وبالتالي فإن بناء الحكم على هذه الغاية يكون أمراً عسيراً خاصة إذا ظلت كامنة خفية، بخلاف ما إذا ظهرت النية وإنكشف السر فإنه يصبح لزاماً علينا أن نحكم بمقتضى هذه النية، أو بمقتضى قرائن الأحوال إذا ظهر بعضها.

ومن أجل ذلك فقد حاولت جاهداً تصنيف الحيل ووضعها في مجموعات تكاد تتسع لكي تشمل كل أنواعها، وما خرج عن هذه المجموعات يمكن عن طريق القياس إلحاقه بأحدها ولو على درجة التقريب، وإتبع في هذا التصنيف تتبع كلاً من الوسيلة والغاية، وحال كلاً منهما مع الآخر، أخذاً في الاعتبار ذلك النوع من الحيل الذي ينحصر وجوده في المعاملات - والذي لم يفرد له الفقهاء كلاماً خاصاً كافياً لتناوله من جميع وجوهه - وذلك على النحو التالي :

فالوسيلة إما أن تكون مشروعة وإما أن تكون غير مشروعة، وضعت للإفضاء إلى المقصود منها أو لم توضع له.

كما أن الغاية قد تكون أيضاً مشروعة وقد تكون غير مشروعة. فهذه أقسام ستة هي :

- ١ - الوسيلة المحرمة التي تفضى إلى الحرام قطعاً.
- ٢ - الوسيلة المباحة التي تفضى إلى المباح كما تفضى إلى الحرام.
- ٣ - الوسيلة المباحة التي تفضى إلى المباح فيتخذها التحيل سلباً وطريقاً إلى الحرام.
- ٤ - الوسيلة المباحة التي تفضى إلى المباح قطعاً.
- ٥ - الوسيلة المباحة التي تفضى إلى الحرام كما تفضى إلى المباح فيتخذها التحيل سلباً وطريقاً إلى المباح وغالباً ما يكون الدافع لذلك هو الوصول إلى حق أو دفع ظلم.

٦ - الوسيلة المباحة التي لا تفضى إلى المباح أو تفضى إليه ولكن بطريق خفى. وإذا كانت هذه الأنواع صالحة لأن تكون حيلة مجالها العبادات والمعاملات فإن هناك نوعاً من الحيل أحسبه لا يكون إلا فى المعاملات حيث يباشر فيه المحتال وسائل مادية ظاهرة من أجل إلحاق الضرر بالآخرين وهذا ما جعله خاصاً بالمعاملات بين الناس، إذ كيف يجرؤ بشر على أن يحتال على الخالق سبحانه وتعالى وهو سبحانه وتعالى «يعلم خائنة الأعين وما تخفى الصدور»^(١). هذا النوع من الحيل نجى الفقهاء على تسميته «بالتغير».

وإذا كان هذا اللفظ يجوز إطلاقه عليه لغوياً، فإننى أرى إطلاق لفظ الحيل التغيرية أو التدليسية عليه أولى، لأنه ما هو إلا حيلة ليس إلا، فتجريد اللفظ من التحيل فيه قصور من وجهة نظرى، لذا فإن التعبير عنه سيكون بلفظ «الحيل التدليسية» وذلك خلال ثنايا البحث.

ولما كان الحكم مرتبطاً بكل من الوسيلة والغاية فإن القول بمشروعية أو عدم مشروعية هذه الحيل يستلزم أفراد كل نوع من هذه الأنواع يبحث مستقل،

أتناول في كل منه تصويراً لما يمكن إدخاله من الحيل تحت كل نوع من هذه الأنواع متتبّعاً الأمثلة حاصراً لها كلما أمكن، ثم أذكر رأى الفقهاء في كل نوع لأنتهى إلى خلاصة، هي مشروعية أو غير مشروعية كل نوع منها، مناقشاً الأدلة التي يذكرها الفقهاء ويستندون إليها، مرجحاً ما قوى دليله، مختاراً للرأى الراجح منها.

وبذا التفصيل الدقيق أستطيع الحكم في كل أنواع الحيل كل بما يتلائم معه ويناسبه إذ القول بمشروعية الحيل أو عدم مشروعيتها على إطلاقه غير دقيق، كما أن ذكر بعض الأدلة التي تدل على مشروعية الحيل، وذكر البعض الآخر الذى يدل على عدم المشروعية - كما يفعل معظم الفقهاء - أمر هو الآخر غير دقيق.

فهذا الإسلوب جعل البعض يعتقد أن القائلين بالحيل، المدافعين عنها، المفتين بها هم طائفة بعينها، مهما كان نوعها. مع أن هذا الحكم غير صحيح حيث ثبت وجود الحيل في كل مذاهب الفقه الإسلامى ^(١) - كما سيتضح فيما بعد - ومن ثم فإن إختصاص طائفة بعينها بالقول بالحيل قول بلا دليل، بل أن الدليل يناقضه ويؤكد عكسه. غاية الأمر أنه تم خلط بين القول بالحيل والإفتاء بها وبين أنفاذ حكمها مع ما بينهما من فرق شاسع، فليس كل حيلة نافذة عند من يقول بها، هذا الخلط هو الذى دفع الكثيرين من المفرضين بالإفتاء على الإسلام والمسلمين والقول بأن فقهاء المسلمين هم آرباب الحيل وأصحابها، وأول من تحدثوا عنها ^(٢).

وهو قول غير سديد بدليل ما ذكرته في الفصل التمهيدى من هذا المؤلف وأن الحيلة طبيعة من طبائع النفس البشرية، وأنها وجدت مع وجود الإنسان في هذه الحياة.

لهذا السبب فسوف أتناول هذا المبحث في سبعة مطالب على النحو التالى:

المطلب الأول

الوسيلة المحرمة التي تفضي إلى الحرام قطعاً

خلق الله الإنسان وهو - سبحانه وتعالى - وحده يعلم ما يصلحه، فشرعه له، ويعلم ما يضره فنهاء عنه، فكل ما شرع له، وأبيح للإنسان أن يباشره إنما هو حلال يجوز إقتترانه والسعى إليه، وكل ما نهى عنه الإنسان وحرم عليه إرتكابه، لا يجوز إقتترانه أو مباشرة أسبابه. ومن لطف الله بعباده - جلّت حكمته وعظمت إرادته - أن جعل الحلال بين، والحرام بين، بحيث يبدو الأمر واضحاً لكل من له بصيرة بأمره، وإخلاص لدينه، فكان الحلال والحرام هما المعول عليهما في بناء الأحكام الشرعية، فمثلاً السعى إلى الرزق واجب لأنه حلال، والسرقة محرمة لأنها حرام، وطلب الزواج قد يكون واجباً أو مستحباً أو مندوباً إليه - بحسب حالة الطالب - لأنه حلال، والزنا محرم أبداً لأنه حرام.... وهكذا.

وإذا كان الأمر على هذا النحو. فالواجب على المسلم إذن أن يتحلى دائماً بإقتراف الحلال، كما يتحلى أبداً بإجتنب الحرام وأن لا يقصد إليه مهما كانت الدوافع لذلك. من هنا كانت مباشرة الأسباب المحرمة حراماً، ولذلك فإن البعض أراد أن لا يرتكب الحرام ظاهراً، فعمد إليه بوسائل خادعة من أجل الوصول إليه معتقداً أنه بذلك نجا وتخلص من الحرام، وهو في الحقيقة يسعى إليه ويغني تحقيقه مستخدماً في ذلك وسائل خفية لا توحى ظاهراً بالحرمة، إلا أن المقصود به هو الحرام بعينه. ولذلك كانت حراماً بإتفاق المسلمين - كما سيأتي :

إذا كان الأمر كذلك في الوسائل الخفية المباحة، فكيف يكون الحال بالنسبة للوسائل الخفية المحرمة؟ ولتوضيح ذلك ينبغي إلقاء الضوء على معنى الوسيلة وذكر بعض الأمثلة التي تمثل القاعدة العامة لهذا النوع من الحيل وتعليق الفقهاء عليها.

ذلك أن الوسيلة هي ما يتوصل بها إلى غيرها، فهي الوساطة بين المقصد والنية وبين تحقيق النتيجة المرجوة منها. هذه الوسيلة إما أن تكون مشروعة، وإما أن تكون غير مشروعة، مباحة أو غير مباحة، وكل منها قد توضع للإفضاء إلى المباح أو للإفضاء إلى المحرم.

وعلى ذلك فإن من الوسائل ما يفضى إلى الحرام قطعاً وهو بذلك لا يكون إلا حراماً وهذا هو النوع الأول من أنواع الحيل الذي أردنا تفصيل القول فيه.

فكل ما كان حراماً - في الوسائل - قصد به الحرام، أو هو يفضى إلى الحرام قطعاً فهو مندرج تحت هذا النوع من الحيل، كالغصب من أجل إستباحة الأموال والأعراض، وتعلم فنون الكذب والخداع من أجل إجادة النصب والإستيلاء على الأموال بدون وجه حق، وبالجملة فإن كل ما هو محرم في نفسه يكون الوصول إليه بالطرق الظاهرة محرم، حتى ولو كان هذا الطريق مباحاً، فكيف بالطرق الخفية التي لا تعلم، خاصة إذا كانت محرمة.

ولذلك فإن هذا النوع من الحيل محرم بإتفاق فقهاء المسلمين ولم يشذ عن هذا الإجماع واحد منهم حتى أولئك الذين اشتهروا بالحيل وأكثروا من الإفتاء بها، وقفوا عند هذا النوع من الحيل موقف المتشدد منها، الداعى إلى إبطالها، حيث توجد الحرمة في الوسيلة كما توجد في الغاية.

ولهذا فإن هذا النوع من الحيل محل إجماع وإتفاق بين المسلمين على حرمة، فكان حراماً، وتعليمه حرام، والشهادة عليه مع العلم بكذبه حرام، كما أن الحكم بصحته مع العلم بباطلانه حرام^(١).

(١) إقامة الدليل - ابن تيمية - ص ١٩٣، أعلام الموقعين، ابن قيم الجوزية، المرجع السابق، ص ١٧٦ وما بعدها، أصول التشريع الإسلامي للشيخ علي حسب الله، المرجع السابق، ص ٣٦٥.

هذا وقد مثل الفقهاء لهذا النوع من الحيل ببعض الأمثلة منها : أن الحيلة في سقوط الكفارة عمن أراد الوط في نهار رمضان أن يأكل أولاً ، ثم يطأ بعد الأكل ، وواضح من هذا المثال أن الوسيلة حرام ، والقصد الذي أراده المحتال أيضاً حرام . فإن الأكل في نهار رمضان عامداً أشد جرماً وأعظم ذنباً ، كما أن المقصد من ذلك وهو الوطء حرام أيضاً للنهي عنه في هذا الوقت بالذات ، ولذلك كانت هذه الحيلة محرمة باتفاق .

ومنها أيضاً : أن من أراد سقوط حد الزنا عنه أن يسكر ثم يزني ، ولا تنفع هذه الحيلة إلا على قول من يرى أن أفعال السكران لا تلزمه ، والراجح عكسه ، وأنها تلزمه لأنه بالسكر تعدى على حدود الله ، فكان القياس في ذلك إلزامه ، وواضح أيضاً من هذه الحيلة أنها محرمة في الوسيلة والغاية ، فالسكر حرام ، والزنا أيضاً حرام ، ولذلك كانت هذه الحيلة وأمثالها محرمة باتفاق أيضاً .

على أن من أوضح الأمثلة التي تدل على هذا النوع من الحيل ، ما ذكره المحتالون من أن حيلة المرأة في فسخ نكاحها أن ترتد ، أو تمكن ابن زوجها من الإيقاع بها ، وكذا الحيلة في سقوط القصاص عمن قتل أم امرأته - حماته - أن يقتل امرأته إذا كان لها منه ولد .

والحقيقة أن هذين المثالين هما جماع هذا النوع وعليهما يكون القياس حيث حرمة الوسيلة ، وحرمة الغاية ، وتوضيح ذلك كما يلي :

يلاحظ في المثال الأول - بفرضيه - أنه اشتمل على كفر واضح وبين ، ولذا فإن من أفشى بهذه الحيلة فهو كافر باتفاق . ذلك أن الفرقة بين الزوجين قد تكون بالطلاق الذي يصدر من الزوج أو من القاضى بناء على طلب الزوجة ، وبهذا يتحدد الطريق الشرعى لهذه الفرقة ، وإذا كان الطلاق يملكه الزوج لحل رابطة الزوجية ، فإن المرأة لها طريقان لحل هذه الرابطة ، فيجوز لها شرعاً أن تفدى نفسها بالمال ليخالعها زوجها وهو ما يسمى في الفقه الإسلامى بالخلع ، كما يجوز لها أيضاً - حسب رابطة الزوجية وذلك إذا ما كان الأمر بيدها وهو من الشروط الجائز اشتراطها في عقد النكاح^(١) حيث يجوز

(١) د. عبد المجيد مطلوب ، نظرية العقد ، المرجع السابق ، ص ٤٤ .

للمرأة أن تكون العصمة بيدها، وبالتالي يحق لها حل رابطة الزوجية وقت ما تشاء.

وقد تكون الفرقة بين الزوجين بفسخ عقد النكاح، هذا الفسخ يترتب لأمرين^(١) :

أحدهما : الفسخ بسبب خلل وقع في عقد النكاح.

ثانيهما : الفسخ بسبب طارئ يمنع بقاء العقد صحيحاً.

والفسخ بسبب الخلل يكون في الحالات الآتية :

١ - الفسخ بخيار البلوغ أو الإفاقة.

٢ - الفسخ لنقصان مهر الزوجة عن مهر المثل.

٣ - الفسخ لعدم كفاءة الزوج لزوجته.

- أما الفسخ لسبب طارئ على العقد بعد تمامه فيكون في الحالات الآتية :

١ - الفسخ بسبب ردة أحد الزوجين عن الإسلام.

٢ - الفسخ بسبب إرتكاب أحد الزوجين مع أحد أصول الآخر أو مع أحد فروعها ما يوجب حرمة المصاهرة كالزنا.

٣ - الفسخ بسبب إباء الزوجة المشتركة عن الإسلام عند إسلام زوجها.

من هذا العرض يتضح أنه لا يحق للزوجة أن تؤدي بفعل من جهتها إلى فسخ عقد النكاح في غير الحالات التي أجاز لها الشرع ذلك، أما الفسخ بالسبب الطارئ فإنه يتضمن بداهة، أن هذا السبب وقع عن غير عمد، فإن تعمدت الزوجة إيقاع أحد هذه الأسباب لأجل فسخ النكاح فإن ذلك منها حيلة خفية تهدف من ورائها إلى فسخ عقد النكاح بغير الأسباب الشرعية.

(١) د. عبد الودود محمد السريتي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية، ط ١٩٨٩، المكتب العربي للطباعة، ص ١١٦ وما بعدها.

وعلى ذلك فإن المرأة - بسلوكها هذا - تكون قد تجاوزت الطرق الشرعية التي حددها الشرع لها لفسخ عقد النكاح، فيكون سلوكها هذا حراماً، وماتهدف إليه حرام أيضاً، فتكون هذه الحيلة - بفرضيها - كفراً، سواء تم الفسخ بسبب الردة، أو الزنا مع أحد أصول الزوج أو مع أحد فروعها.

غير أن هذه الحيلة لا تتم - في فرضيها الثاني - إلا على قول من يرى حرمة المصاهرة بالزنا، كزنا الزوج بأمرأته - حماته - أو ابنتها، أو زنا الزوجة بأبي الزوج، أو بانه، وهذا قول الحنفية والحنابلة.

والفرقة في هذه الحالة فسخ لاطلاق، وتصبح الحرمة مؤبدة عند الحنفية والحنابلة، بحيث لا يتصور عود الحل بعدها.

وذهب مالك والشافعي : إلى أن الزنا ومقدماته لا يترتب على شيء منها حرمة بين الزوجين.

قال مالك : فأما الزنا فإنه لا يحرم شيئاً، فإن كان متزوجاً بالبنات، فزنى بالأم أو عكسه لا تحرم عليه زوجته، لأن الحرام لا يحرم الحلال، ولأن الله تبارك وتعالى قال : « وأمهات نسائكم »^(١)، حيث حرم ما كان تزويجاً ولم يذكر تحريم الزنا، فكل تزويج كان على وجه الحلال يصيب صاحبه امرأته، فهو بمنزلة التزويج الحلال، فيقع به التحريم، وكل ما كان محض زنا لا يحرم لأنه ليس بمنزلة التزويج^(٢).

وإذا كان هذا مذهب الإمام مالك في هذه المسألة فإن الحكم عند الشافعية يتفق مع حكم المالكية فيها حيث يرى الشافعية أن الزنا لا يحرم شيئاً،

من هذا يتضح أن الحنفية والحنابلة يوجبون حرمة المصاهرة بالزنا كالنسب سواء بسواء، بخلاف المالكية والشافعية فلا يثبت بالزنا شيء من الحرمة عندهم. وبالتالي تتحقق حيلة المرأة التي أرادت فسخ نكاحها

(١) سورة النساء (آية ٢٣).

(٢) راجع : شرح الزرقاني على الموطأ، ج ٤، ص ٢٩.

من زوجها بغير طريق شرعى، بأن مكنت ابن زوجها أو أبيه من الإيقاع بها، عند الحنفية والحنابلة، ولا تحقق هذه الحيلة عند المالكية والشافعية.

والرأى عندى - فى هذه المسألة - أن مذهب المالكية والشافعية أرجح لأن دليلهما أقوى، إذ كيف يثبت بالزنا ما يثبت بالنكاح الصحيح؟ كما أن دليل الحنفية والحنابلة دليل ضعيف حيث حملوا النكاح فى الآية على الوطء لا العقد، ولو على فرض أن النكاح أعم منهما فإن حمله على أحدهما بدون دليل هو ترجيح بلا مرجح، فضلاً عن ذلك فإن حمل النكاح على العقد أولى من حمله على الوطء بدليل أن النكاح حيث ورد فى القرآن الكريم فإن المراد به العقد، إلا ما خص من ذلك نحو قوله تعالى «حتى تنكح زوجاً غيره»^(١)، وقوله تعالى «الزانى لا ينكح إلا زانية أو مشركة»^(٢)، وما استند إليه الحنفية والحنابلة ليس من هذا القبيل، ولئن سلم أن المراد بالنكاح فى الآية الوطء لا العقد، فالمعنى به الوطء الحلال لا الحرام، لأنه الذى يطلق عليه فى الشرع اسم النكاح، أما الزنا فيقال فيه سفاح، يضاف إلى ذلك أن الزنا لا تثبت به العدة، فلا يثبت به التحريم، وأيضاً فإن الحرمة حكم من أحكام النكاح الصحيح كالأحصان والنفقة وغيرها، فلا تثبت بالزنا.

ولعل فى ترجيح مذهب المالكية والشافعية فى هذه المسألة ما يطل على المحتالة قصدها، ويرد كيدها إلى نحرها، معاملة لها بنقيض مقصودها.

ولا غرضنا أن نلتزم هذا الترجيح من أحد علماء وفقهاء المذهب الحنبلى، المعبرين عن آرائه وهو العلامة - ابن قيم الجوزية - حيث ذكر أن هذه الحيلة لا تتمشى إلا على قول من يرى أن حرمة المصاهرة تثبت بالزنا، كما تثبت بالنكاح كما يقوله أبو حنيفة وأحمد فى المشهور من مذهبه، ثم قال: والقول الراجح أن ذلك لا يحرم كما هو قول الشافعى، وإحدى الروايتين عن

(١) سورة البقرة (آية ٢٣٠).

(٢) سورة النور (آية ٣).

مالك^(١)، فإن التحريم بذلك موقوف على الدليل، ولا دليل من كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس صحيح يدل على ذلك، وقياس السفاح على النكاح لا يصح، لما بينهما من الفروق، فالله تعالى جعل الصهر قسيم النسب، وجعل ذلك من نعمه التي امتن بها على عباده، فكلاهما من نعمه وإحسانه، فلا يكون الصهر من آثار الحرام وموجباته كما لا يكون النسب من آثاره، بل إذا كان النسب الذي هو الأصل لا يحصل بوطء الحرام، فإن الصهر الذي هو فرع عليه ومشبه به أولى ألا يحصل بوطء الحرام، ولأن الله تعالى قال : « وحلائل أبنائكم »^(٢)، ومن زنا بها الابن لا تسمى حليلة لغة ولا شرعاً ولا عرفاً، كما أن المراد بالنكاح في الآية النكاح الذي هو ضد السفاح^(٣).

أما المثال الثاني لهذا النوع من الحيل فإنه يعد كبيرة من الكبائر، فإن من قتل امرأته إذا قتل حماته وله من امرأته ولد لا يسقط عنه القصاص، وإن ظن بذلك أنه يسقط عنه القصاص، وهنا نلاحظ أن القاتل ارتكب أولاً جريمة قتل، حيث قتل أم امرأته، فلما لم يجد ما يحول بينه وبين القصاص أراد أن يحتال ليمنع القصاص عن نفسه، فلما كانت امرأته ودية دم أمها وهي وحدها التي تطالبه بالقصاص، قام المحتال بقتلها، حتى لا يطالبه أحد بالقصاص، وأراد أن يحسم المشكلة لصالحه، فاختار قتل امرأته التي له منها ولد، إذ كيف يقتص الولد من والده، الذي قتل أمه ؟ وهو يعلم حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم الذي رواه عمر بن الخطاب حيث يقول : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لا يقاد الوالد بالولد^(٤) فأراد بحيلته هذه أن يسقط القصاص عن نفسه.

(١) أراد بإحدى الروایتين عن مالك، روايته في الموطأ التي لا توجب التحريم والرواية الثانية نقلت عنه في المدونة أنه قال : إن زنا بأم زوجته أو ابنتها فليفارقها، ولقد ذهب أكثر أهل المذهب إلى ترجيح ما في الموطأ، راجع : شرح الزرقاني على الموطأ، المرجع السابق، ص ٢٩ ، ٣٠، المدونة الكبرى للإمام مالك، ط ١، ج ٤، ص ١٢٧.

(٢) سورة النساء (آية ٢٣).

(٣) أعلام الموقعين، ج ٣، ص ٢٤٣.

(٤) رواه الترمذي، ج ٦، ص ١٧٥، في باب ما جاء في الرجل يقتل ابنه، يقاد منه أم لا ؟ ابن ماجه ج ٢، ص ٨٨٨، وانظر سبل السلام للصنعاني، ج ٢٣، ص ٢٣٣.

وعلى ذلك فإن هذه الحيلة قد اشتملت على قتل النفس المعصومة، فكانت الوسيلة فيها محرمة، بل كبيرة من الكبائر، ثم كان الهدف منها - وهو منع القصاص عن نفسه - أيضاً محرماً، لأنه ارتكب جريمة قتل أخرى توصله إلى هذا الهدف، فكان كل من الوسيلة والغاية محرماً، فحرمت هذه الوسيلة وأمثالها.

إلا أن هذه الحيلة لا تتم وفقاً للرأى القائل بأن مستحق القود في هذه الحالة هو الولد الذى ورث عن أمه، وغاية مايدل عليه الحديث هو أنه لايقاد الوالد بقتله لولده مع مافيه من ضعف. سيتضح بيانه عند الكلام عن آثار الحيل - إن شاء الله تعالى.

خلاصة القول فى هذا النوع من الحيل - الذى تكون الوسيلة فيه محرمة وكذا الغاية - أنه محل إتفاق بين جمهرة المسلمين، ولم يؤثر عن واحد منهم أنه أفتى به، ولا يجوز أن تنسب هذه الحيل إلى أحد منهم، ومن نسبها إليهم فهو جاهل بأصولهم، ومقاديرهم، ومنزلتهم فى الإسلام، وإن كان بعض هذه الحيل قد تنفذ على أصول أمام بحيث إذا فعلها المتحيل نفذ حكمها عنده، كما ينفذ حكم الحرمة فى حالة زنا المرأة بأحد أصول زوجها أو فروعه، فينفسخ نكاحها عند الحنفية والحنابلة، إلا أن هذا النفاذ غير الإذن فيها وإباحتها، فإن إباحتها شيء ونفوذها إذا فعلت شيء آخر، ولا يلزم من كون الفقيه والمفتى لا يبطلها أن يبيحها ويأذن فيها.

ليس الأمر كذلك فحسب، بل إن أكثر المذاهب أخذاً بالحيل - وهو المذهب الحنفى - لا يأذن فى كلمات وأفعال دون ذلك بكثير، ويقولون أنها كفر، حتى قالوا: لو قال الكافر لرجل أنى أريد أن أسلم، فقال له: اصبر ساعة فقد كفر، فكيف بالأمر بإنشاء الكفر، وتعليم الكفر^(١).

من هنا يتضح الإتفاق على حرمة هذا النوع من أنواع الحيل.

(١) ورد هذا التمثيل فى كتاب أعلام الموقعين، ج ٣، ص ١٧٩.

المطلب الثاني

الوسيلة المباحة المفضية إلى المباح وإلى الحرام

الأصل في صحة أو فساد أفعال الإنسان : إرادته المتوجهة نحو تلك الأفعال، إلا أن هذه الإرادة لما كانت أمراً نفسياً، كان ضرورياً أن يقارنها ويصاحبها أمر ظاهري خارجي يقوم دليلاً عليها وتعبيراً عنها، ومن هنا تنوعت الإرادة إلى نوعين : إرادة باطنة وهي الحقيقية، وإرادة ظاهرة يعبر عنها اللفظ أو يقوم مقامه.

ولكن لما كانت الإرادة الباطنة أمراً نفسياً، وهو أمر خفي لا يمكن لأحد أن يطلع عليه أو يقف على حقيقته إلا صاحبه، اعتبر الشارع التعبير الذي يصدر عن الشخص، والذي اصطلاح على تسميته بالإرادة الظاهرة دليلاً على وجود الإرادة الباطنة ومعبراً عنها^(١).

وعلى هذا الأساس كان الوضع الظاهر هو أساس إستقرار التعامل بين الناس، ولا خلاف بين الجميع إذا ما كان هذا الوضع الظاهر متفقاً مع الإرادة الباطنة، حيث يكون التعبير دليلاً عليها ومعبراً عنها.

على أن بعض الوسائل التي يتعاش بها أفراد المجتمع قد يكون لها أكثر من مقتضى، هذا المقتضى - المقصد - قد يكون - مشروعاً وقد يكون غير مشروع. وكلاهما صالح لأن يكون نتيجة لسلوك واحد، فإذا ما سلك الإنسان هذا السبيل للوصول إلى المقتضى المشروع كان عمله مشروعاً مباحاً، حيث إباحة الوسيلة وإباحة الغاية. وقد يكون ذلك هو الطريق المعهود للبشر، ومن ثم فإن قصد الغاية المحرمة يكون حراماً أيضاً لحرمة المقصد الذي رمى إليه.

هذا إذا كانت الغاية المرجوة ظاهرة، أو دل عليها دليل أو قرينة الحال. فإن ظلت خافية كامنة في النفس لا يطلع عليها أحد سوى صاحبها فهل تكون الوسيلة المباحة في هذه الحالة مشروعة ؟ أم غير مشروعة ؟

قبل الإجابة عن هذا التساؤل يمكن القول بأن المحتال ذكي فطن، يسعى إلى غرضه بكافة الوسائل التي تضمن له سرية مقصده الخبيث، وهدفه المنشود

(١) د. عبد المجيد مطلوب، نظرية العقد، المرجع السابق، ص ٢٦، د. وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص ٣٩١ وما بعدها.

فيسلك الطرق المباحة للوصول إلى أغراضه غير المباحة. ومن ثم يبقى تصرفه في نظر الكافة مشروعاً، إلا أن المحتال في هذا النوع من الحيل غالباً ما يظهر أمره، ويفتضح سره، بمجرد وصوله إلى غايته من وراء سلوكه هذا الطريق، لأنه طريق مباح في نفسه، إلا أنه صالح للإفضاء إلى المباح، كما أنه صالح أيضاً للإفضاء إلى المحرم، فكان أمر الخفاء فيه عسيراً، مما يمكن الإطلاع على غايته في غالب الأحوال.

فمثلاً السفر قد يكون لطلب العلم، كما قد يكون لقطع الطريق، فهذه الوسيلة وأمثالها صالحة للإفضاء إلى المقصود الصحيح، كما أنها صالحة أيضاً للإفضاء إلى المقصود الفاسد، وهنا فإن الحكم الشرعي ينصب أساساً على المقصود الظاهر، فهل يكفى القصد لبناء الحكم الشرعي عليه ؟

نعم يكفى القصد لبناء الحكم الشرعي عليه : فإذا ما ظهر هذا القصد بأية وسيلة كان الحكم ملائماً له، فإن كان مشروعاً كان العمل برمته مشروع - إذ الفرض فيه مشروعية الوسيلة، وإن كان غير مشروع كان العمل برمته غير مشروع ولو كانت الوسيلة إليه مشروعة، فمثلاً من يهب ما له قبيل حولان الحول فراراً من الزكاة، في مثل هذا الفرض نجد أن الهبة أمر مشروع، ففيها من الإحسان إلى الموهوب له، والصلة إليه، والتعاون على البر والتقوى، ما فيها، ولذلك فلا يشك أحد في أنها صالحة للإفضاء إلى ما هو مشروع، وإذا بالمحتال يتخذ منها وسيلة وهدفاً لإبطال فرض أوجبه الله، فيجعلها وسيلة لتقضى بعض شروط الزكاة، فإذا كان شرط وجوب الزكاة، بلوغ النصاب، وأن يحول على المال حولاً كاملاً، فإن المحتال يستطيع عن طريق الهبة المشروعة أن يلغى الشرط الثاني، فلا يجب عليه الزكاة، لتخلف شرط من شروطها، وغالباً ما يتضح هذا القصد عندما تكون الهبة لابنه أو زوجته، ثم يسترد ما وهبه بعد إنقطاع الحول، طائناً بذلك أنه بهذه الحيلة قد سقط عنه فرض الزكاة - وليس كذلك كما سيأتى - أو يتخذ المحتال بهذه الهبة المشروعة لإقامة علاقة غير مشروعة مع من وهب لها ماله، وواضح من هذا لفرض الغاية الخبيثة من وراء تصرف المحتال، وهي إقامة علاقة آثمة.

لهذا فإن القصد إذا ما ظهر اتفق الجميع على تعويل الحكم الشرعي عليه، ولهذا فإن هذا النوع من الحيل محرم باتفاق كالذى قبله وذلك لحرمة الغاية، إذا ما ظهرت.

المطلب الثالث

الوسيلة المباحة التي تفضى إلى المباح

فيتخذها المتحیل سلماً إلى الحرام

إذا كانت الأمور بمقاصدها، والنتائج بمقدماتها، فإن الحال في النوعين السابقين للحيل يكون واضحاً وظاهراً، لأن الخفاء فيهما يكون عسيراً، إذ غالباً ما ينكشف أمر المحتال، ويظهر قصده إذا ما وصل إلى غرضه الذي رمى إليه وسعى إلى تحقيقه.

وإذا كان أمر الحيلة في هذين النوعين واضحاً، فإن الأمر يدق عندما يكون الخفاء سهلاً ميسوراً، بحيث يستطيع المحتال أن يباشر وسائله ليصل إلى أهدافه دون كبير عناء، وهو بذلك يسلك طريق الرجل المعتاد، بل إنه لا يسلك إلا الطريق المشروع والذي يفضى حتماً إلى المشروع، بحيث يستطيع أن يصل إلى أغراضه غير المشروعة وهو يلبس ثوب الوقار، ولا يشك في سلوكه أحد، لأنه ما سلك إلا الطريق المعهود الموصل إلى الغايات المشروعة.

ويتمثل ذلك في هذا النوع - الذي نحن بصده - إذ الفرض فيه أن الوسيلة مشروعة في حد ذاتها وتفضى حتماً إلى المشروع، وليست إحتتمالية، كسابقتهما، بل أفضاؤها إلى المشروع أمر تحتّمه، ضرورة وضعها بحسب الأصل، ومع ذلك فإن المحتال يستخدمها ليصل عن طريقها إلى أغراضه الخبيثة، ونواياه السيئة.

ويمكن القول بأن الغايات غير المشروعة، والتي هي القاسم المشترك في هذه الأنواع الثلاثة : يستطيع المحتال أن يصل إليها بواحد من طرق ثلاثة :

ذلك أن المحتال ذكي فطن، ومع ذلك أن أعيته الطرق المشروعة ليصل إلى أهدافه، فإنه يضطر إلى استخدام وسائل غير مشروعة، يصل بها إلى هذه الغايات غير المشروعة، وذلك كما في النوع الأول.

أما إن أعمل فكره، واستغل ذكاؤه ليصل إلى أهدافه في غفلة من القوم، استطاع أن يلبس عمله الثوب المشروع، ومع ذلك يصل إلى أهداف غير مشروعة،

وهو بذلك يستعمل وسيلة مشروعة صالحة للإفضاء إلى المشروع وإلى غير المشروع، كما في حالة السفر الصالح لطلب العلم وأداء فريضة الحج، والصالح أيضاً لقطع الطريق أو قتل النفس المعصومة، وذلك بالرغم من أن السفر في حد ذاته مشروع، وذلك هو النوع الثاني السابق الإشارة إليه.

وقد يستعمل المحتال الوسائل المشروعة والتي تفضي حتماً إلى المشروع، ومع ذلك يتخذها المحتال سلباً وطريقاً إلى الحرام، وهو بذلك لا يتعب نفسه، ولا يجهد فكره، في سبيل الوصول إلى أهدافه، إذ أنه لا يستعمل إلا المشروع المفضي إلى المشروع، فمثلاً البيع ما وضع إلا لنقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري، ولم يوضع يوماً للوصول به إلى تحقيق الربا، بل إن الله سبحانه وتعالى عندما أراد أن يبين حكم البيع والربا في كتابه العزيز، أخبر عنهما بما يدل على مقابلة كل منهما للآخر في الحكم، وأنه لا يوضع أحدهما للوصول به إلى الآخر، حيث يقول سبحانه وتعالى: « وأحل الله البيع وحرم الربا » (١).

وكذلك النكاح، فإنه وضع أصلاً للنكاح المشروع من أجل المحافظة على تكثير النسل وبقاء البشرية، فكان في أصل وضعه للنكاح المشروع، لا للسفاح المحرم، فكان وسيلة مشروعة، تفضي إلى المشروع من المحافظة على العرض، وبقاء النسل. فإذا اتخذ المتحيل البيع للوصول به إلى الربا، والنكاح ليحقق به التحليل، فإنه بذلك يكون قد اتخذ وسيلة مشروعة تفضي إلى المشروع، من أجل تحقيق أغراض غير مشروعة، وذلك بنوع من القصد الخفي الذي لا يظهر غالباً - كما في النوعين السابقين - .

ولذلك فإن هذا النوع من الحيل هو - من وجهة نظري - ما يطلق عليه حيلة بالمعنى الدقيق، إذ الخفاء فيه سهلاً ميسوراً، لا يكاد يعلمه أحد - من الخلق - حتى ولو وصل المحتال إلى غرضه، بخلاف النوعين السابقين، فلا يكاد المحتال يصل فيهما إلى غرضه حتى تتضح حيلته، وينكشف أمره، ولذلك فإن هذا النوع من الحيل هو معترك الكلام في هذا المجال، ولهذا فإن الإمام ابن القيم عبر عن

(١) سورة البقرة (آية ٢٧٥).

هذا النوع بأنه «ملك باب الحيل»^(١)، ولهذا نجد إختلاف الفقهاء بشأنه، إذ ينظر كل منهم إلى هذا النوع من زاوية غير التي ينظر منها الآخر، فالبعض اعتد بالإرادة الحقيقية، وإن كان الوصول إليها صعباً أو مستحيلاً في بعض الفروض، في حين اعتد البعض الآخر بالإرادة الظاهرة، حيث استحالة الوصول إلى مقصده التحيل في هذا النوع. فإن ظهر هذا القصد بأية وسيلة كان الإتفاق بين الجميع على حرمة هذا النوع من الحيل - كسابقيه - لحرمة الغاية والقصد، ولذا فإن خلاف الفقهاء في أهم أنواع الحيل ماهو إلا خلاف لفظي لا يلبث أن يزول، ويتفق الجميع على أن ما أدى إلى خرم قواعد الشريعة ومناقضتها لما وضعت له يكون حراماً، ولو اتخذ وسيلة مشروعة.

يقول الشيخ الخضري «كان الإكثار من المسائل، والتفنن في وضعها هو الذي جر ضعاف الدين، أن يقوموا بوضع الحيل، مستمدين إياها من كلام أئمة، لم يكن يدور بخلدهم أن تستعمل مسائلهم لهذا وأشباهه»^(٢). وبذلك يعلم أن مثل هذه الحيل لا يجوز أن تنسب، في الفتوى بها وجوازها - إلى إمام من الأئمة.

ومثل البيع والتكاح في ذلك الإقرار والهبة وغيرهما من كل وسيلة مشروعة تفضى إلى المشروع، فيتخذها التحيل سلباً وطريقاً إلى الحرام، غير أن «بيع العينة» هو الذي يمكن أن يكون - وبحق - عنواناً صادقاً لهذا النوع من الحيل، فإن مناقشته، وذكر آراء الفقهاء فيه يعطينا بياناً واضحاً لهذا النوع من الحيل، وما عداه يكون قياساً عليه، وذلك على النحو التالي :

بيع العينة :

جاء في المصباح أن (العينة) بالكسر : السلف، (اعتان) الرجل : اشترى الشيء بالشيء نسيئة، وبعته (عينا بعين) أى حاضراً يحاضر، و (عابنته معاينة وعياناً) و (عين) التاجر (تعيناً). والاسم : العينة بالكسر : وهي أن يبيع الرجل

(١) أعلام الموقعين، ج ٣، ص ١٩٩.

(٢) تاريخ التشريع الإسلامي، للخضري، المرجع السابق، ص ٢٠٤ وما بعدها، راجع في هذا المعنى كلاماً لطيفاً لابن القيم في أعلام الموقعين، ج ٣، ص ٨١ وما بعدها.

متاعه إلى أجل ثم يشتريه في المجلس بثمن حال ليسلم من الربا. وقيل لهذا البيع (عينة) لأن المشتري السلعة إلى أجل يأخذ بدلها (عينة) أى نقداً حاضراً. قال الجوهري : تعيين الشيء تخصيصه من الجملة، و (عينة) النية في الصوم، إذا نويت صوماً معيناً، فهي (معينة) اسم مفعول يقال : (نية معينة معينة)، ويجوز أن يستند الفعل إلى النية مجازاً فيقال (معينة) بالكسر اسم فاعل^(١).

فبيع العينة على هذا النحو إنما هو بيع الشيء إلى أجل ثم شراؤه عينة من مشتريه بثمن حال، شريطة أن يكون المشتري في الحالة الثانية أو العقد الثاني هو البائع في الحالة الأولى أو العقد الأول.

وإذا كان هذا تعريف العينة في اللغة، فإن الفقهاء ذهبوا في تعريفها مذاهب شتى، ويرجع ذلك إلى تعدد صور هذا البيع، والذي كان وراء تنوعه أولئك المحتالون الذين أفنوا جهدهم وأمضوا تفكيرهم في الوصول إلى أهدافهم، وتحقيق مآربهم في خفية من الناس، وبعد عما حرمة الشريعة الغراء، فجاءت هذه البيوعات تحت أنواع شتى، وأصناف متعددة، نظر إليها الفقهاء كل من جانب.

فقد ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن العينة هي : أن يبيع غيره سلعة بثمن مؤجل، ويسلمها إليه، ثم يشتريها منه قبل قبض الثمن بأقل من ذلك الثمن حالاً^(٢).

فالعينة على هذا النحو، تداول سلعة بين بائع ومشتري تستقر في النهاية على ملك صاحبها الأصلي، بعد أن استغلها البائع والمشتري في نقل مال أحدهما إلى الآخر بما يحقق الزيادة عند الرد. ولقد روى عن الإمام أحمد أنه قال : العينة أن يكون عند الرجل المتاع، فلا يبيعه إلا بنسيئة، فهي إن كانت بيعتين في بيعة واحدة، كما في التعريف الأول، فإنها تتصور أيضاً في

(١) المصباح المنير، مادة « عين »، مختار الصحاح للجوهري، مادة « عين ».

(٢) روضة الطالبين وعمدة المفتين للإمام النووي، المكتب الإسلامي، ط ٢، ١٩٨٥، ج ٣، ص ٤١٦، الأم للإمام الشافعي، ج ٣، ص ٦٨، الكافي في فقه الإمام المجل أحمد بن حنبل لابن قدامة، المقدس، المكتب الإسلامي، بدون، ج ٢، ص ٢٥ وما بعدها.

العقد الواحد، كما ذهب الإمام أحمد في قوله، حيث يعتقد أن بيع الرجل نسيئة هو حيلة للحصول على الربا، ولذا فإن باع بنقد ونسيئة، فلا بأس عنده، وقال: أكره للرجل أن لا تكون له تجارة غير العينة لا يبيع بنقد، قال ابن عقيل: وإنما كره الإمام النسيئة لمضارعتها الربا، فإن الغالب أن البائع بنسيئة يقصد الزيادة بالأجل^(١).

وبهذا يتضح مجال العينة عند كل من الشافعية والحنابلة، وهي وإن كانت تشمل على بيعتين في بيعة عند الشافعية، فإنها قد تتحقق في العقد الواحد عند الحنابلة، فكانت نظرتهم إليها أوسع، ومجالها أرحب.

هذا ويلاحظ أن المالكية - أشد الناس معارضة لهذا النوع من البيع - فصلوا فيها القول، ليشمل جل أنواع هذا البيع، متبعين في ذلك شتى الصور الذي ذكرها المحتالون، للوصول إلى الربا بواسطة هذا البيع، ولذلك فإنهم في تعريفهم لهذا البيع يتعرضون أولاً لأهله، فذكروا أن أهل العينة: قوم نصبوا أنفسهم لطلب شراء السلع منهم وليست عندهم، فيذهبون إلى التجار فيشترونها منهم ليبيعوها لمن طلبها منهم، ولذلك فإن بيع العينة عندهم هو بيع من طلبت منه سلعة قبل ملكه إياها لطلبها بعد شرائها، وسميت بذلك لاستعانة البائع بالمشتري على تحصيل مقصده من دفع قليل ليأخذ عنه كثيراً^(٢).

ويذكر المالكية للعينة صوراً متعددة، منها: أن يمر الرجل بالرجل من أهل العينة فيقول له: هل عندك سلعة كذا ابتاعها منك؟ فيقول له: لا، ثم يخبره بأنه قد اشتراها له، فيبيعها له بما شاء من نقد أو نسيئة.

ومنها: أن يقوله له: اشتر سلعة كذا وكذا، فأنا أربحك فيها واشترها منك من غير أن يراوده على الربح، ومنها أيضاً: أن يراوده على الربح بأن يقول له:

(١) المفتى لابن قدامة، على مختصر أبي القاسم الخرقى، ج ٤، ص ١٩٥ وما بعدها.

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مطبعة عيسى البابي الحلبي، ج ٣، ص ٨٨ وما بعدها.

اشتر سلعة كذا وكذا بعشرة دراهم نقداً لي، وأنا أشتريها منك بائني عشر إلى أجل^(١)، وهذا كله فضلاً عن الصورة التي تحدث عنها الشافعية والحنابلة والتي يحدث فيها بيعتين في بيعه، وهي الصورة التي عرفها الشيعة الإمامية عن بيع العينة، حيث اتفقوا فيها مع الشافعية والحنابلة^(٢).

هذا وقد يتحقق بيع العينة عند الحنفية في عقد واحد، وذلك كالمثال السابق الإشارة إليه، وهو أن يعطى المقرض للمستقرض سلعة يبيعها ويأخذ ثمنها بمائة وهي لا تسارى إلا ثمانين، فيبيعها المستقرض بثمانين ويشغل ذمته بمائة للمقرض^(٣)، كما يتحقق عندهم أيضاً في الصورة المشتركة بين جميع الفقهاء وهي ما يقع فيه بيعه في بيعتين^(٤).

وبهذا يعلم بيع العينة، ويتضح حقيقته، أيا ما كان الأمر من أن المقرض هو البائع أو المشتري، وأن المستقرض هو البائع أو المشتري أيضاً، وسواء كان المقبوض من الثمن أو لا نقداً أو مؤجلاً، فالعينة تتحقق طالما أن هناك زيادة مقابل أجل، حيث تتعدد الصور في هذا المثال والمرجع واحد وهو وجود العينة مع وجود الزيادة مقابل الأجل، ولا أرى تفصيل المسائل التي من الممكن تحقيق العينة فيها، في هذا المثال بالذات، يكفي في وضع الضابط العام الذي يضبط هذا البيع^(٥).

وعلى ذلك فليس من العينة كل ما كان خارجاً عن آراء الفقهاء السابقة، حيث يتصور أن يبيع المقرض سلعة للمستقرض بمائة مؤجلة، ثم يشتريها منه

(١) مقدمات ابن رشد، ج ٣، مطبوع مع المدونة، ج ٣، ط ١، المطبعة الخيرية، ١٣٢٤ هـ، ص

١٩٨ وما بعدها، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ص ٨٨ وما بعدها.

(٢) مسائل هامة من كتاب الخلاف لشيخ الطائفة أبي جعفر الطوسي، جامعة طهران، ١٣٤٤ هـ، ص ٩٥، مسألة ٢٣٠.

(٣) حاشية ابن عابدين، المرجع السابق، ص ٢٧٣.

(٤) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني، ط ١، دار الكتاب العربي، ج ٥، ص ١٩٩.

(٥) في تفصيل هذه المسائل راجع، النجول في الفقه الإسلامي - رسالة - المرجع السابق، ص ١٩٢ وما بعدها.

بمائة حالة أو أكثر، فهذا ليس من العينة فى شىء أما شراؤها بمثل الثمن فهذا واضح لا إشكال فيه، لعدم الزيادة وإنتفاء وجودها، لأن ما دفعه البائع نقداً فى الشراء مساوياً لما سيأخذه مؤجلاً مقابل سلعته التى باعها.

أما إذا اشترى البائع السلعة بثمن حال أكثر مما باعها به مؤجلاً، فإن هذا لا يكون عينة أيضاً، لأن طبيعة العينة تنافى ذلك، حيث الضابط فيها قصد الزيادة والوصول إليه، والبائع هنا سيقبض فى نهاية الأجل - مقابل السلعة - أقل مما دفعه حالاً^(١).

يضاف إلى ذلك صورة أخرى لاتعد من العينة فى شىء عند الإمام أحمد خاصة وهى ما إذا كان للرجل متاع وأراد بيعه نقداً أو نسيئة ولم يشترط النسيئة فى البيع حيث قال الإمام أحمد فيه لا بأس.

هذا كله إذا بقيت السلعة على حالها، ولم تتغير تغييراً ينقص من قيمتها، فإن تغيرت بما ينقص قيمتها، بأن تخرق الثوب، أو بلى، أو كان مطعوماً فاستهلك أو جزء منه، جاز لبائع السلعة أن يشتريها بأقل مما باعها به، ليس بقصد الوصول إلى الربا، وإنما بقصد القيمة الحقيقية لها وقت شرائها ثانية، حيث يكون نقص الثمن حينئذ لنقص المبيع وليس لقصد الحصول على الربا^(٢).

وبهذا التفصيل الدقيق يتضح ما بعد من المعاملات عينة وما لا يعد .

آراء الفقهاء فى بيع العينة :

لما كان بيع العينة يؤل فى النهاية إلى بيع حال قليل بمؤجل كثير، بعد توسط مبيع من المبيعات بين المتبايعين، فإن الهدف من هذا البيع ينحصر فى الحصول على هذه الزيادة، فإذا فرضنا أن المؤجل مائة، والمعجل الحال ثمانون،

(١) المرجع السابق، ص ١٩٥.

(٢) انظر : المغنى، ج ٤، ص ٢٥٧، والشرح الكبير لابن قدامة المقدسى، مطبعة المنار بالقاهرة، ج

٤، ص ٤٥ ومابعداها، كشف القناع على متن الإقناع للبهوتى، ط مكتبة النصر الحديثة

بالرياض، ج ٣، ص ١٨٥.

فإنه بهذا البيع يكون قد تم بيع ثمانون في الحال بمائة مؤجلة، بعد أن تبادلا العين التي وسطاها بينهما لتسويغ هذا العمل، وإظهاره بمظهر العقدين المنفصلين الذي لا علاقة لأحدهما بالآخر، وتلك هي الصورة التي اتفق جميع الفقهاء على أنها من العينة.

ولما كان جانب الإحتيال واضحاً في مسألة العينة هذه، وأنها وسيلة إلى الربا، فإن جمهور الفقهاء، قد ذهبوا إلى منع هذه الصورة، لوجود القصد والتواطؤ فيها، ولذلك لو تم البيع على هذه الصورة من غير مواطأة ولا حيلة بأن وقع إتفاقاً من غير قصد إليه، فليس هناك من يمنعه، بل الجميع متفق على جوازه، لأن المتعاقدين لم يجعلاه وسيلة إلى المحذور، وإنما حصل ذلك دون قصد أو حيلة، فمن هنا جاز هذا البيع، لأن الأصل فيه الإباحة، إلا ماورد تحريمه بنص خاص^(١).

ولقد نص على تحريم هذا البيع جمهور الفقهاء، المالكية، والحنابلة، والحنفية أكثر الناس إشتغالاً بالحيل، وأوسع المذاهب تخذلاً عنها، ولذلك يقول صاحب المغنى « ومن باع سلعة بنسيئة لم يجز أن يشتريها بأقل مما باعها به، وأشار إلى أن ذلك قول أكثر أهل العلم، حيث روى ذلك عن ابن عباس، وعائشة، والحسن، وابن سيرين والشعبي، والنخعي، وروى قال الثوري، والأوزاعي، ومالك وأصحاب الرأي »^(٢). كما نص على تحريم هذا البيع العلامة ابن قيم الجوزية نقلاً عن شيخه ابن تيمية حيث يذكر أن هذا البيع حرام، ورد النص على تحريمه - على ما سيأتى - بل إنه لو لم يأت في هذه المسألة نص أو أثر لكان محض القياس، ومصالح الديار، وحكمة التشريع، يوجبون تحريمها أعظم من تحريم الربا، لأنها ربا مستحل بأدنى الحيل^(٣).

(١) الحيل في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص ٢٢٦، وانظر المغنى، ج ٤، ص ١٩٥.

(٢) المغنى لابن قدامة، ج ٤، ص ١٩٣.

(٣) أعلام الموقعين، ج ٣، ص ١٦٧، إقامة الدليل، ص ١٣٣ وما بعدها.

وقد فصل المالكية القول في هذه المسألة تبعاً لتفصيلهم في أصلها، فقال ابن رشد في مقدماته^(١)، وأهل العينة يتهمون فيما لا يتهمون فيه أهل الصحة، لفعلهم المكروه، واستباحتهم له، والعينة على ثلاثة أوجه، جائزة، ومكروهة، ومحظورة، فالجائزة: أن يمر الرجل بالرجل من أهل العينة، فيقول له هل عندك سلعة كذا ابتاعها منك؟ فيقول له لا، ثم يخبره أنه قد اشترى له السلعة التي سأل عنها، فيبيعها له بما شاء نقداً أو نسيئة. فهذه الصورة جائزة في الفقه المالكي، أشد المعارضين للحيل، فيجوز لمن يطلب سلعة معينة أن يذهب التاجر إلى السوق لشراؤها له، طالما لم يتفقان على الثمن أو زيادة عليه بنسبة معينة على سبيل الربح، فلهذا كانت جائزة.

وأرى أن مثل هذا التعامل اليوم أصبح ضرورياً، بحيث يؤدي الحظر منه إلى التضيق على مصالح الناس. ولذلك فإن من منع هذه الصورة - وهم الحنابلة - قد استندوا إلى حديث لم يدل بمنطوقه ولا بمفهومه على المنع من هذه الصورة، وقد وافقهم الشافعية على المنع منها،

فقد جاء في الكافي ما نصه «ولا يجوز أن يبيع عيناً لا يملكها، ليمضى ويشترىها ويسلمها لما روى حكيم بن حزام أنه قال للنبي صلى الله عليه وسلم: أن الرجل يأتيني يلتمس من البيع ما ليس عندي، فأمضى إلى السوق ثم اشترى، فأبيعه منه، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «لا تبع ما ليس عندك»^(٢)»
«حديث صحيح».

(١) مقدمات ابن رشد، ج ٣، ص ١٩٨ وما بعدها، وانظر قريب منه «حاشية الدسوقي»، ج ٣، ص ٨٨ وما بعدها.

(٢) الكافي، ج ٢، ص ٢٠، المفتى، ج ٤، ص ٢٢٨، وحديث «لا تبع ما ليس عندك»، رواه أصحاب السنن، وأخرجه الترمذي مختصراً ولفظه «نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عندي»، وذكره صاحب نيل الأوطار في باب النهي عن بيع ما لا يملكه ليمضى فيشترى، وسلمه، وظاهره النهي عن الاتفاق على البيع ثم شراء السلعة بعد ذلك لما فيه من الضرر. (راجع فتح الباري، ج ٢٤، ص ٤٠٩، سبل السلام، ج ٣، ص ١٧، نيل الأوطار، ج ٥، ص ١٥٥).

وغاية ما يدل عليه الحديث إنما هو النهى عن الإتفاق على بيع سلعة غير موجودة، وتحديد ثمنها أو تحديد ما يربح التاجر فيها، فهذا مكروه - كما سيأتي من كلام المالكية - أما أن يسأل رجل آخر عن سلعة معينة فلم يجدها، ثم بعد ذلك يذهب التاجر لشرائها، ثم يخبره أنها قد وجدت عنده، فيذهب إليه يطلبها منه، فإن ذلك جائز لا غبار عليه، حيث تكون السلعة موجودة، ويتم في ضوئها تحديد ثمنها أو ما يربحه التاجر فيها، خلاف ما لو تم تحديد ذلك قبل وجودها، فإنه يكون من البيوع المنهى عنها.

ثم يمضى ابن رشد في تفصيل بيع العينة فيقول : والمكروه أن يقول له اشتر سلعة كذا وكذا فأنا أربحك فيها، وأشترها منك من غير أن يراوده على الربح، وأما المحظورة، أن يراوده على الربح، فيقول : اشتر سلعة كذا بعشرة دراهم نقداً تدفعها لى وأنا أربحك فيها وأشترها منك باثنى عشر إلى أجل، فذلك حرام لا يحل ولا يجوز، لأنه إزداد في سلعة مقابل الأجل، فكان ذلك وسيلة للحصول على الربا .

يضاف إلى ذلك أن المبدأ عند المالكية هو القول بسد الذرائع، فلو لم يرد في النهى عن هذا البيع نص - بالرغم من وجوده - لكان القياس الأولى، القول بتحريمه، سداً للذريعة ما أمكن، لأنه ذريعة إلى الربا، حيث تدخل السلعة فيه ليستبيح بيع ألف بخمسمائة إلى أجل معلوم.

وقد ذهب إلى تحريم مسألة العينة أيضاً أبو حنيفة وأصحابه الذين توسعوا في الحيل والقول بها إلا أنهم يحرمون مسألة العينة، ذلك لأن الثمن الأول ما دام لم يقبض، فإن العقد الأول غير تام، والثاني مبنى عليه، والمبنى على غير التام غير تام، وبهذا التعليل نجد أن الإمام أبا حنيفة وأصحابه قد نظروا إلى المسألة من زاوية أخرى غير زاوية الحيل والذرائع، هذا إذا كان العقد الأول غير مقصود لذاته، فإن كان مقصود حقيقة كان صحيحاً، لكن مادام الثمن ديناً في ذمة المشتري، لم يجز أن يشتري منه البائع نفس المبيع بأقل من جنسه حالاً، لأن أحكام العقد الأول لا تتم إلا بالتقايض، فإذا لم يحصل هذا التقايض كان العقد الثاني ذريعة

إلى الربا، فلذلك كان حراماً من كل وجه^(١)

وإذا كان جمهور الفقهاء قد ذهب إلى تحريم بيع العينة، لما فيه من حيلة الحصول على الربا، فإن الإمام الشافعي وأصحابه قد ذهبوا إلى جواز هذا البيع، استناداً إلى صورة الفعل المباح، فيقول الشافعي في الأم: «إذا باع عبداً أو سلعة وقبض المشتري المبيع، ولم يقبض البائع الثمن، جاز للبائع أن يشتريه منه بأى ثمن شاء، نقداً أو نسيئة، وعلى كل حال^(٢)»

كما ورد في الروضة ما نصه: «ليس من المناهي بيع العينة - بكسر العين المهملة وبعد الياء نون - وهو أن يبيع غيره شيئاً بثمن مؤجل، ويسلمه إليه، ثم يشتريه - قبل قبض الثمن - بأقل من ذلك الثمن نقداً، وكذا يجوز أن يبيع بثمن نقد ويشتري بأكثر منه إلى أجل، سواء قبض الثمن الأول أم لا؟ وسواء صارت العينة، عادة له غالبية في البلد أم لا؟ هذا هو الصحيح المعروف في كتب الأصحاب، وأفتى أبو إسحاق الأسفرايني والشيخ أبو محمد: بأنه إذا صار عادة له صار البيع الثاني كالمشروط في الأول فيبطلان جميعاً^(٣)»

هذا وقد انقسم الشيعة الإمامية إلى طائفتين، فكان منهم المجوز لهذا البيع متفقاً في ذلك مع التساهلية، وكان بعضهم الآخر مانعاً منه منضمماً بذلك إلى جمهور الفقهاء، كما يقول عنهم أبو جعفر الطوسي: «وفي أصحابنا من روى أن ذلك - بيع العينة - لا يجوز، وذهب إليه عائشة وابن عباس^(٤)»

(١) راجع في تفصيل ذلك: الحيل الشرعية وآثارها في نمو الفقه الإسلامي، رسالة - ص ٣٧٥ - بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٩٩، انظر في جواز هذا البيع عند أبي يوسف، حاشية ابن عابدين، ج ٥، ص ٢٧٣.

(٢) الأم للشافعي، ج ٣، ص ٦٨.

(٣) روضة الطالبين، ج ٣، ص ٤١٦، ٤١٧.

(٤) مسائل هامة من كتاب الخلاف للطوسي، ص ٥٠ مسألة ٢٣٠، وانظر المختصر النافع في فقه الإمامية للشيخ أبي القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلبي، إصدار وزارة الأوقاف، إدارة الثقافة، مطابع دار الكتاب العربي بمصر، ص ١٢٢.

وإذا كانت هذه آراء الفقهاء فى بيع العينة، وأنهم انقسموا إلى مجوز لهذا البيع، ومانع منه، فإن لكل من الفريقين دليله الذى يستند إليه، وحجته التى يؤكد بها صدق دعواه، ولذلك فسوف أذكر دليل المانعين من هذا البيع، ثم أتبعه بأدلة المجوزين، وفى موطن أخير أذكر مناقشة هادئة لهذه الأدلة مرجحاً ما أراه راجحاً ذاكر رأى الخاص فى المسألة.

أدلة المخرمين لبيع العينة :

استدل جمهور الفقهاء على ما ذهبوا إليه من حرمة بيع العينة، بالسنة والآثار المروية عن الصحابة رضوان الله تعالى عليهم.

أولاً : الدليل من السنة :

١ - ما رواه ابن عمر قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : إذا ضن الناس بالدينار والدرهم، وتبايعوا بالعينة، واتبعوا أذناب البقر، وتركوا الجهاد فى سبيل الله، أنزل الله عليهم بلاء فلا يرفعه حتى يراجعوا دينهم. رواه الإمام أحمد فى مسنده عن أسود بن عامر عن أبى بكر عن الأعمش عن عطاء بن أبى رباح عن ابن عمر رضى الله عنهم.

وروى أبو داود عن حيوة بن شريح عن إسحاق أبى عبد الرحمن الخراسانى أن عطاء الخراسانى حدثه أن نافعاً حدثه عن ابن عمر قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « إذا تبايعتم بالعينة وأخذتم أذناب البقر ورضيتم بالزرع، وتركتم الجهاد سلط الله عليكم ذلاً لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم » (١).

فهذا الحديث يدل على تحريم بيع العينة، وأن هذا البيع من الكبائر، كما يدل على أن ما ذكر قبلها وبعدها كذلك، لأنه قد جعل ذلك خروجاً عن الدين، ورتب عليه الذل والصغار، حتى يحدثوا توبة ويراجعوا دينهم.

يقول ابن القيم « وهذان إسنادان حسنان، أحدهما يشد الآخر ويتوهم، فأما

(١) انظر المسند للإمام أحمد بن حنبل، ج ٧، ص ٤٨٢٦، رقم ٤٨٢٥، سنن أبى داود، ج ٢، ص ٢٤٦، نيل الأوطار، ج ٥، ص ٢٠٦، سبل السلام، ج ٣، ص ٤١.

رجال الأول فائضة مشاهير، ولكن يخاف أن لا يكون الأعمش سمعه من عطاء أو أن عطاء لم يسمعه من ابن عمر، كما أن الإسناد الثاني يبين أن للحديث أصلاً محفوظاً عن ابن عمر، فإن عطاء الخراساني ثقة مشهور، وحيوة بن شريح كذلك وأفضل،^(١)

بيد أنه يرد على دلالة الحديث على التحريم أمران : أولهما : أنه قرن العينة بالأخذ بأذناب البقر، والإشتغال بالزرع وذلك غير محرم، ثانيهما : أنه صلى الله عليه وسلم، توعد على ذلك بالذل، وهو لا يدل على التحريم. ويدفع هذا بأن الأول غير مسلم إذ الحديث محمول على الإشتغال بالزرع والحرث على وجه يؤدي إلى التهاون في أمر الجهاد، وذلك من أكبر الكبائر، كما أن الثاني غير مسلم أيضاً لأن العزة لله ولرسوله وللمؤمنين، فطلب أسباب العزة، وتجنب أسباب المذلة من لوازم الإيمان ومقتضياته، والتوعد بالذل ظاهر ظهوراً بيناً في التحريم، وهو لا يكون إلا لذنوب عظيم، لذلك جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الفاعل لما يوجب المذلة، من الأمور المذكورة في الحديث، بمنزلة الخارج عن الدين الناكص على عقبيه، فكانت الأمور التي ذكرها الحديث حراماً^(٢).

٢ - قال الإمام أحمد : حدثنا محمد بن جعفر حدثنا شعبة عن أبي إسحاق البيهقي عن امرأته أنها دخلت على عائشة - أم المؤمنين - هي وأم ولد زيد بن أرقم وامرأة أخرى، فقالت لها أم ولد زيد : أتى بعت من زيد غلاماً بثمانمائة درهم نسيئة، واشتريته بستمائة نقداً، فقالت (عائشة) : أبلغني زيدا أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا أن يتوب، بئس ما اشتريت، وبئس ما شريت^(٣).

قال ابن القيم معقباً على هذا الحديث . هذا حديث فيه شعبة، وإذا كان شعبة في حديث فأشدد يدك به، فمن ج ل شعبة بينه وبين الله فقد استوثق

(١) أعلام الموقعين، ج ٣، ص ١٦٥ وما بعدها . إقامة لدليل. ص ١٣٣.

(٢) الحيل في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص ١٥٠.

(٣) كنز العمال، المطبوع على هامش مسند الإمام أحمد، ج ٢، ص ٢٤١، نيل الأوطار، ج ٥، ص ٢٠٦ (قريب منه)

لدينه. وأيضاً، فهذه امرأة أبي إسحاق - وهو أحد أئمة الإسلام الكبار - وهو أعلم بأمرائه وبعدها، فلم يكن ليروى عنها سنة يحرم بها على الأمة أمراً وهي عنده غير ثقة، ولا يتكلم فيها بكلمة، بل يحاييها في دين الله، هذا لا يظن بمن هو دون أبي إسحاق فكيف بأبي إسحاق ؟^(١).

وهذا الحديث قاطع الدلالة في تحريم بيع العينة، وأنه لا يجوز لمن باع شيئاً بضمن نسيئة أن يشتريه من المشتري بأقل من ذلك الثمن نقداً قبل قبض الثمن الأول، وبالتالي، فإن التحيل لأخذ النقد في الحال ورد أكثر منه بعد أجل معلوم أولى بعدم الجواز، لما فيه من الوصول إلى الربا المحرم، الذي لا ينفع في تحيله الحيل الباطلة.

من هذا كله يتضح أن قول عائشة رضى الله عنها نص في التحريم، وأنه لا يجوز مثل هذا البيع، حيث توجد شبهة الربا، فتكون هي العلة في التحريم، وأساس القول بالمنع، أما عند إنتفاؤها فالقول بالجواز لا خلاف فيه، لأنه من غير المتصور أن يكون هناك إحتيال لا يجر نفعاً للمحتال، إذ الفرض في الحيلة تحقيق غرض للمحتال، فإذا انتفى هذا الغرض، فلا معنى للإحتيال أصلاً.

ثانياً : الدليل من الآثار المروية :

وردت الآثار الدالة على تحريم بيع العينة، وأنه لا يجوز، منها ما رواه محمد بن عبد الله الحافظ المعروف بمطين في كتاب البيوع له عن أنس بن مالك - رضى الله عنه - أنه سئل عن العينة - يعنى بيع الحرية - فقال : إن الله لا يخذع، هذا مما حرم الله ورسوله، وروى أيضاً في كتابه عن ابن عباس قال : اتقوا هذه العينة، لا تبع دراهم بدرهم وبينهما حرية، وفي رواية أن رجلاً باع من رجل حرية بمائة ثم اشتراها بخمسين ، فسأل ابن عباس عن ذلك فقال : دراهم بدرهم متفاضلة دخلت بينهما حرية، وسئل ابن عباس عن العينة فقال : إن الله لا يخذع، هذا مما حرم الله ورسوله، هذا فضلاً عما نقله أبو جعفر الطوسي من أن

(١) أعلام الموقعين، ج ٣، ص ١٦٧

ذلك لايجوز، وقد ذهب إليه عائشة وابن عباس^(١).

من جملة هذه الأدلة والآثار المروية يتضح أن بيع العينة حرام وهو ماذهب إليه الجمهور.

أدلة المجوزين لبيع العينة :

ذهب الشافعى ومن وافقه إلى القول بجواز بيع العينة، وأيد رأيه بأنه قد قام الإجماع على جواز البيع للبائع، بعد مضي مدة من الزمن لا لأجل التوصل إلى عودة الثمن إليه بالزيادة، وطالما أن أمر التوصل إلى الزيادة أمر خفى، من المحال عادة التعرف عليه، فى بيع العينة، فإن هذا البيع يكون مستوفياً أركانه وشروطه، ومن ثم يكون صحيحاً.

واستدل على ذلك بحديث رسول الله - صلى الله عليه وسلم الذى رواه سعيد بن المسيب عن أبى سعيد الخدرى عن أبى هريرة - رضى الله عنهم - « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم - استعمل رجلاً على خيبر ، فجاءه بتمر جنيب - أى جيد - فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أكل تمر خيبر هكذا، قال : لا والله يا رسول الله : إنا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين، والصاعين بالثلاثة فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : لا تفعل، بع الجمع - التمر الردئ - بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيباً » رواه البخارى وفى لفظ مسلم زيادة « وفى الميزان مثل ذلك »^(٢).

قال الشافعية : وهذا الحديث أقوى سنداً ورواية من حديث ابن عمر الذى ورد فيه تغليظ شديد لمن يتبايع بالعينة. فإن حديث ابن عمر قد تكلم فيه أهل الحديث بما لايرفعه إلى مستوى الاستدلال به على التحريم^(٣).

(١) أعلام الموقعين، ج ٣ ، ص ١٦٦ ، إقامة الدليل ، ص ١٣٤ ، مسائل هامة من كتاب الخلاف، ص ٩٥ ، مسألة ٢٣٠ من كتاب البيوع.

(٢) رواه البخارى : انظر متن البخارى بحاشية السندى، ج ٢ ، ص ٢٤ ، فتح البارى، ج ٤ ، ص ٤٦٧ ، نيل الأوطار ، ج ٥ ، ص ١٩٥ .

(٣) راجع فى تفصيل ذلك : الحيل الشرعية وأثرها فى نمو الفقه الإسلامى، رسالة - ص ٣٦٩ ومابعدها ، سبل السلام، ج ٣ ، ص ٤٢

ولما كان حديث أبو هريرة أقوى سنداً ورواية، فإنه يدل على جواز بيع العينة، فيصح أن يشتري ذلك المبيع البائع له، ويعود إليه عين ماله، لأنه - عليه الصلاة والسلام - لم يفصل بين عودة المبيع إلى نفس البائع وبين عودته إلى أجنبي، وذلك في مقام يحتمل هذا وذاك، فدل على صحة البيع مطلقاً، سواء كان للبائع أو لغيره، وذلك لأن ترك الإستفصال في مقام الإحتمال، يجرى مجرى العموم في المقال.

يضاف إلى ذلك أن هذا البيع صحيح إستناداً إلى صورة ذلك البيع، حيث انتفى الشرط المتقدم الذي يفسد العقد، لأن المعتبر في ذلك وجود الشرط في أصل العقد من عدمه، فإن كان مشروطاً عند العقد أو قبله على عودة المبيع إلى البائع، فالبيع باطل^(١).

فالشافعي - رحمه الله - قد رأى في هذا الحديث إذناً من الرسول - صلى الله عليه وسلم - بالحيلة للتخلص بها من الوقوع الصريح في الربا، وأن النتيجة ستكون بيع الصاعين بالصاع، بعد توسط الدراهم التي هي ثمن لأحدهما مرة، وثمن للآخر مرة أخرى، وذلك تيسيراً على الناس، بتجوز وسائل الترفيه عن النفس باختيار الأفضل.

مناقشة أدلة الشافعية :

يمكن مناقشة ما ذهب إليه الشافعي بما يلي :

١ - استند الشافعية في جواز بيع العينة إلى صورة الفعل، دون نظر إلى حقيقته، وذلك على خلاف أصولهم، فإنهم يعتدون بالنية، ويرتبون عليها الأحكام الشرعية^(٢)، ولذلك فإنهم اتفقوا على أن من يسافر لقطع الطريق كان عمله محرماً، بل إن الشافعي - كما يقول ابن القيم - يحرم مسألة مد عجوة ودرهم بمد ودرهم، ويبالغ في تحريمها بكل طريق خوفاً من أن يتخذ حيلة على

(١) سبل السلام، ج ٣، ص ٤٢، الحيل الشرعية، المرجع السابق، ص ٣٧١ وما بعدها.

(٢) راجع قاعدة « الأمور بمقاصدها » فإنها من القواعد التي بنى عليها المذهب الشافعي (مشروع

تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام الشافعي، إشراف مجمع البحوث الإسلامية، ط

١٣٩٢ هـ = ١٩٧٢ م، ص ٤٥).

نوع ما من ربا الفضل، فتحريمه للحيل الصريحة التي يتوصل بها إلى ربا النساء أولى، لأن التحيل على ربا الفضل أخف من التحيل بالعينة على ربا النساء، وأين مفسدة هذه من مفسدة تلك؟ (١)

٢ - ما استند إليه الشافعي من حديث « بع الجمع بالدرهم ... إلخ » وقوله بأنه لو كان الإبتياح من المشتري حراماً لنهاه عنه، حيث لم يفرق بين الإبتياح من المشتري أو غيره فشمله العموم، فدل على جواز بيع العينة، فإن الإستدلال به هكذا باطل، من جهة المعنى ومن جهة اللفظ.

أ - أما من جهة المعنى فلأن التحيل على إستباحة الربا لو كان مشروعاً، لم يكن في تحريم الربا حكمة إلا تضييع الزمان، وأتعاب النفوس بلا فائدة، فمن أراد أن يستحل ما حرمه الله تعالى من أنواع الربا، فإنه يستطيع ذلك بأدنى الحيل، ففي ربا الفضل يمكنه في كل مال رتبوى أن يقول : بعتك هذا المال بكذا، ويسمى ما شاء من الثمن، ثم يقول : اشتريت منك هذا (للذي هو من جنسه) بذلك الثمن الذي سماه، وفي ربا النسيئة يمكنه أن يقول : بعتك هذه السلعة بألف إلى سنة مثلاً ثم يقول ابتعتها منك بخمسمائة حالة، وهكذا ينقض المحتال من أيسر الطرق ما أحكمه الله عز وجل في كتابه، وعلى لسان رسوله الكريم، ثم ينسب ذلك كله إلى شريعة أحكم الحاكمين.

ب - وأما بطلان الإستدلال بالحديث من جهة اللفظ على بيع العينة وما كان في معناها من الحيل الربوية، فلأن النبي - صلى الله عليه وسلم - إنما أمر الرجل ببيع مطلق وشراء مطلق، والمطلق في لسان الشارع إنما يصدق على الصور التي أحلها لا على الصور التي حرمها، فالإطلاق يدل على عدد من الأفراد - على الشيوع - إلا أنه لا يستغرق جميع الأفراد - كما في العام - (٢).

ومعنى أن اللفظ مطلق بناء على هذا أنه لا يعلم كل بيع وكل شراء،

(١) أعلام الموقعين، ج ٣، ص ١٨٨.

(٢) طرق إستنباط الأحكام من النصوص، د. عبد المجيد مطلوب، المرجع السابق، ص ٧٩.

ولكنه يشمل البيع الصحيح دون المحرم، وبيع العينة قد ورد النص بتحريمه فضلاً عن الأدلة العامة الدالة على تحريم الحيل^(١) فالشارع لا يأذن في العقد الباطل، وبهذا يظهر الجواب عن قولهم لو كان الإتيان من المشتري حراماً لنهى عنه.

٣ - أما وقد بطل استدلال الشافعية على ما ذهبوا إليه من حديث أبي هريرة المتقدم، بحيث لم ينهض دليلاً على مذهبهم، فإن هذا الحديث نفسه يدل دلالة واضحة على تحريم بيع العينة، إذ هذا شأن كل دليل صحيح، احتج به محتج على باطل ودلالة الحديث على تحريم الحيل الربوية عموماً تأتي من جهتين:

أ - أن النبي - صلى الله عليه وسلم - منع الرجل من أخذ الصاع من الجنب - الجيد - بالصاعين من الجمع - الرديء - لئلا يقع في الربا، فلو جور له ذلك بحيلة - كأن يتفق مع المشتري على صاع بصاعين، ثم يتوصلا إلى ذلك ببيع الصاعين بدراهم ثم يشتري بها صاعاً - كما يزعم الشافعية، لم يكن في منعه - صلى الله عليه وسلم - فائدة أصلاً، بل كان يبيعه الصاع بالصاعين أسهل وأقل مفسدة من توسط حيلة لا تغني عن المفسدة شيئاً، بل قوله في الحديث (لا تفعل) نهى يقتضى المنع بحيلة أو غير حيلة.

(١) أعلام الموقعين، ج ٣، ص ٢٢٢ وما بعدها، الحيل في الشريعة الإسلامية، ص ٢٨٠ وما بعدها، نيل الأوطار، ج ٥، ص ١٩٦.

ب- انه أمره ببيع مطلق وشراء مطلق، وذلك انما يفيد التصرف لشرعى الذى ترتب عليه آثاره، فحيث وقع فيه مايفسده، لم يدخل فى هذا، والمقصود الذى شرع الله تعالى له البيع، واحله لاجله، هو ان يحصل ملك الثمن للبائع، ويحصل ملك المبيع للمشتري، فيكون كل منهما قد حصل له مقصوده بالبيع، وهذا ينتفع بالثمن وهذا بالسلعة، وهذا هو الذى يفهمه الناس من البيع والشراء، ولا يتبادر إلى الذهن أو يسبق إلى الفهم غير ذلك، ولهذا يحتاط كل منهما فيما يصير اليه، ومعلوم أن بيع العينة ليس فيه شيء من ذلك، لان الهدف منه حصول المستقرض على المال وحصول المقترض على الزيادة، وما السلعة الا واسطة بينهما، تروهما مشروعية عملهما عن طريقها، وبهذا يظهر معنى الحديث الذى زعم الشافعية انه له حجة ناصعة فاذا هو عليهم حجة دامغة^(١).

٤- ما ذكره الشافعية من ان حديث ابن عمر قد تكلم فيه أهل الحديث بما لا ينهض دليلا على تحريم العينة، يمكن الجواب عنه بأن هذا الحديث قد روى بطرق متعددة، يقوى بعضها البعض، فضلا عن مراسل متعددة تؤكد، وتنهض دليلا على صحته، ومنها مرسل الازاعى الذى ذكر فيه ان النبى - ﷺ - قال: «يأتى على الناس زمان يستحلون الربا بالبيع»^(٢) يعنى العينة، وهى كلها تقوى هذا الحديث الدال على تحريم بيع العينة، هذا فضلا عن الآثار المروية عن الصحابة.

٥- واخيرا فان القول ببيع العينة انما يشتمل على عقدين، الاول ينتقل المبيع فيه من البائع إلى المشتري مقابل ثمن نقدا أو مؤجلا، والثاني يعود فيه المبيع الى مالكة بعد ان يحقق غرضه من شغل ذمة المشتري بزيادة عما باعه به، فكان بيع العينة بيعتين، وقد نهى النبى - ﷺ - عن بيعتين فى بيعة وتوعد من فعل ذلك، بأن له أو كسهما أو الربا، وقد فسر الشافعى نفسه ذلك - كما نقل عنه صاحب سبل السلام - بأن هذا له تأويلان - أحدهما: أن يقول بعثك عبدى على ان تبيعنى فرسك. وعلة النهى على الاول عدم استقرار الثمن ولزوم الربا،

(١) الحيل فى الشرعية الاسلامية، ص ٢٨٢ ومادبعدها.

(٢) ورد هذا الحديث فى اقامة الدليل ص ١٣٤، الحيل فى الشريعة الاسلامية ص ١٠٦ مرويا عن الامام عبد الله بن بطة باسناده إلى الازاعى، ولم اقف له على أثر فى الصحاح.

وعلى الثاني عدم استقرار الملك حيث علق بشرط مستقبل يجوز وقوعه، ويجوز عدم وقوعه^(١).

والامر فى بيع العينة لا يخلو من أحد الامرين السابقين، لان هذا البيع اما أن يتم فى بيعتين متتاليتين، واما ان يوجد الشرط المتقدم، وكلاهما لا يجوز عند الشافعية، فكيف يجوزون هذا البيع؟.

رأينا فى بيع العينة: ان ما استند اليه الشافعية كدليل لدعواهم، ثبت بالدليل انه غير صالح للدعوى، بل لنقيضها، مؤكدا صحة ماذهب اليه الجمهور من عدم جواز بيع العينة.

ولذلك فانى ارى ان مذهب الجمهور فى هذا النوع من الحيل أرجح، وأدلتهم أقوى وأن القول ببطلان كل حيلة تؤدي إلى الربا أولى من القول بجواز الوصول اليه بأدنى الحيل، بل ان القول ببطلان كل حيلة، يتخذ فيها المحتال وسيلة مشروعة لاتفضى الا الى المشروع، واذا به يتوصل عن طريقها إلى المحرم، هو القول الفصل والحق فى هذا النوع من الحيل.

ولا يقتصر الامر فى هذا النوع على الحيل الربوية ومنها حيلة بيع العينة، اذ أن هذه الحيلة قديمة عفا عليها الزمن، وتعامل بها البعض ورعا من أن يفتضح أمرهم وينكشف سرهم، أما ونحن الان قد اصبح جل معاملاتنا تنطوى على شيء من الربا، فانه لاداعى لوجود مثل هذه الحيل فى عالمنا المعاصر، حيث اصبح الناس يتعاملون بالربا، دون وازع من ضمير أو خشية من افتضاح أمر وانكشاف سر، وأرى ان معاملات البنوك فى عصرنا الحاضر لاتخرج عن هذه الدائرة، لانها ما هى الا مقرضة بأجل، ثم يرد اليها القرض بزيادة معلومة، أو مستقرضة بأجل وان ترك حرته للأفراد، غير انها ايضا ترده بزيادة معلومة، وكل ما كان كذلك كان ربا، بل هو عين الربا الذى يعنى وجود زيادة فى أحد العوضين نتيجة الاجل، وهو أشد أنواع الربا تحريما لانه ربا نسيئة.

ويمكن الخروج بمعاملات البنوك من هذا المأزق بالنص على أن عائد المبالغ التى يقرضها - أو يودعها - الافراد فى البنوك عبارة عن نسبة معينة من الربح، لا

(١) سبل السلام، ج ٣، ص ١٦، اقامة الدليل، ص ١٣٩، اعلام الموقعين، ج ٣، ص ٢٢٥.

أن يحسب على أساس رأس المال، فإن تراضيا الطرفان على ذلك كان هذا داخلا
فى قول الله تبارك وتعالى: «يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا
أن تكون تجارة عن تراض منكم»^(١).

وهذا النوع من الحيل هو الذى - بحق - يطلق عليه حيلة، وهو معترك
الكلام فى هذا الفن، ولذلك فانه لايجوز ان ينسب إلى امام من الأئمة، أو أحد
الفقهاء القول بجوازه، والعمل به، فكيف بالامام الشافعى الذى يبطل الشرط
المتقدم ويأخذ بسد الذرائع كلما أمكن؟.

أرى ان الشافعية عندما جوزوا ذلك لم يجوزوه على وجه الحيلة المحرم فهم
أبعد من ذلك بكثير، وانما جوزوا صورة ذلك الفعل، ثم ان المتحيل المخادع الماكر
أخذ صورة ما أفتوا به، فتوصل به إلى ما منعوا منه، وركب ذلك على أقوالهم
وفتواهم وهذا فيه من الكذب عليهم وعلى الشارع الحكيم، فلم يقل أحد بنسبة
الحيل إلى امام من الأئمة، كل ما هنالك ان الشافعى - رضى الله عنه - اجاز
صورة ذلك البيع، واعتبر العقد صحيحا لاستيفاء اركانه وشروطه، وذلك اذا تم
دون مواطاة على الربا، أو قصد اليه، وهذا ما اتفق عليه جميع الفقهاء، ولم يشذ
عن هذا الاتفاق أحد - كما سبق - حيث توجد صورة الفعل الصحيحة مع
انتفاء القصد الخبيث، وكأنا لم نتكلم عن حيلة من الحيل، مثله فى ذلك مثل
القول بجواز اقرار المريض لوارثه، فيتخذ من يريد ان يوصى لوارثه بزيادة وسيلة إلى
الوصية له بصورة الاقرار، ويقول: هذا جائز عند الشافعى، بل ان هذا كذب على
الشافعى، فانه لايجوز الوصية للوارث بالتحيل عليها بالاقرار، فكذلك يجوز للرجل
اذا اشترى من غيره ذلك حيلة على بيع مائة بمائة وخمسين إلى أجل، فالذى
يسد الذرائع يمنع ذلك ويقول: هو يتخذ حيلة إلى ما حرمه الله ورسوله - فلا يقبل
اقرار المريض لوارثه، ولا يصحح هذا البيع، ولا سيما وان اقرار المرء شهادة على
نفسه، فاذا تطرق اليها التهمة بطلت الشهادة على غيره.

ولذلك فان الشافعى يقول: كما نقله عنه ابن القيم - أقبل اقراره احسانا
للظن بالمقر وحمل لاقراره على السلامة، ولا سيما عند الخاتمة^(٢).

(١) سورة النساء (آية ٢٩).

(٢) اعلام الموقعين، ج ٣، ص ٣٣٤، قريب منه اصول التشريع الاسلامى، للاستاذ على حسب الله،
المرجع السابق، ص ٣٥٩ هامش (١).

وبهذا التحليل يتضح ان خلاف الفقهاء حول هذا النوع من الحيل ماهو الا خلاف لفظي - كما سبق ان ذكرته - وأن الجميع متفقون على حرمة الحيل التي تناقض أصلا من أصول الشريعة، أو تهدم حقا، أو تحق باطلا، فهذا هو المعقول الذي تتقبله العقول السليمة بالقبول والاذعان، ومن ثم فلا خلاف بين الفقهاء في هذا النوع من الحيل.

المطلب الرابع

الوسيلة المشروعية التي تقضى حتما إلى المشروع

يتدخل المحتال بسلوكه لخلق اسباب توصله إلى مقصوده، وبالتالي فإنه يتصرف بذكاء وفطنة شديدين، فلا يأتي تصرفاته عشوائية، انما يحدد مقصوده الذي ينبغي تحقيقه، ويريد الوصول اليه، ثم بعد ذلك يتصرف بذكائه من أجل الوصول اليه، ولذلك فإن للمحتال هدفا دائما، يريد تحقيقه من وراء احتياله.

اذن تحديد الهدف: هو الذي يدفع الانسان إلى أن يحتال، كما أن هذا الاحتيال هو الذي يقربه من الهدف، وبالتالي تمتد يده لأخذه، نتيجة هذا الاحتيال، ولا يتحقق له ذلك الا بمباشرة الاسباب التي توصله إلى هدفه، وهذه الاسباب هي جملة ماحوره فكر المحتال، واستطاع ان يظهر بها بمظهر المتصرف المعتاد، اذ بها يتحقق غرضه، وبغير اللجوء اليها لا يصل إلى هدفه، فكانت هذه الاسباب حيلة للوصول إلى غرض المحتال وقصده.

أما اذا كانت الاسباب التي يستعملها المتصرف في تصرفه هي من وضع الشارع للوصول إلى مسبباتها، فان المحتال لا يجد له غرضا فيها، اذ هي بطبيعتها تؤدي إلى النتائج المستهدفة منها، ومع ذلك فان البعض قد عبر عنها بلفظ الحيلة، فقال: ان مباشرة الاسباب الشرعية حيلة للحصول على مسبباتها، والشارع الحكيم لا يمكن أن يجعل سببا مشروعاً وسيلة إلى غاية غير مشروعة، فان الاسباب الشرعية جميعها وسائل إلى غايات مشروعة، يصل اليها المتصرف سواء كان محتالاً أو غير محتال، اذ هي من وضع الشارع.

ولذلك فان هذا النوع من الحيل هو، من وجهة نظري لا يصح ان يطلق عليه حيلة - كما ذكرت غير مرة فيما سبق - اذ الحيلة قد فرض فيها الخفاء والذكاء، وهذان لا وجود لهما في مباشرة الاسباب الشرعية للوصول إلى مسبباتها،

ولكنى أثرت ذكر هذا النوع، من بين أنواع الحيل، جريا على الغالب فى تقسيم الفقهاء للحيل.

ذلك أن الوسيلة المشروعة التى يترتب عليها المشروع حتما، ماهى الا الاسباب الشرعية التى نصبها الشارع الحكيم. مفضية إلى مسبباتها، كالبيع لنقل الملكية، والاجارة لنقل المنفعة، والشركة، والهبة، والنكاح، والطلاق، وما إلى ذلك من التصرفات الشرعية.

هذه الاسباب التى تفضى إلى المشروع حتما وضعها الشارع لاغراض خاصة، اذا استخدمت فيما شرعت من أجله، فعقد البيع اذا استخدم لنقل الملك وإباحة الانتفاع كان مستخدما فيما وضعه الشارع الحكيم له، بخلاف ما لو استخدم للوصول به إلى الربا، فهذا فرض آخر سبق الحديث عنه، كما أن عقد الزواج، اذا استخدم لإباحة الاستمتاع وحل البضع كان مستخدما فيما وضع الشارع له بخلاف ما اذا استخدم للتحليل، وبهذا يفترق هذا النوع - عند القائلين به - عن النوع السابق من الحيل، فهذا النوع تترتب نتائجه وفق مايريد المشرع منه بخلاف النوع السابق فانه نتائجه تكون على وفق مايريد المحال وبهواه.

ولذلك فان من تأمل أحكام الشرع، وجد المعاملات كلها عبارة عن أسباب تفضى إلى مسبباتها، فان من أحب امرأة اذا سأل عنها فقال: ما الحيلة لى حتى أصل إليها؟ يقال له تزوجها. واذا هوى جارية فقال: ما الحيلة لى حتى أصل إليها؟ يقال له: اشترها. واذا كره صحبة امرأة فقال: ما الحيلة لى فى التخلص منها؟ يقال له: طلقها، وبعدما طلقها، اذندم، وسأل الحيلة فى ذلك، قيل له: راجعها، وبعدما طلقها ثلاثا، اذا تاب من سوء خلقها، وسألا حيلة، قيل لهما: الحيلة فى ذلك: أن تتزوج بزواج آخر، ويدخل بها^(١).

وهكذا نجد الاسباب الشرعية وسائل للحصول على مسبباتها، ولذلك فان هذا النوع من الحيل - على فرض أنه منها - لم يختلف عليه اثنان، لان هذه

(١) انظر فى هذا المثال: المسود للسرخسى، ج ٣٠، ص ٢١٠، راجع أيضا: تعريف لحنفية للحيل، ص ١٠٠ من هذه الرسالة، والمقصود بالزواج فى الفرض الأخير، انما هو زواج الرغبة لازواج الدلة، فهذا هو المقصود من الزواج شرعا.

الاسباب التي توصل إلى هذه النتائج إنما هي حكم الله ورسوله، وهي في اقتضاها لمسيباتا شرعا، على وزن الأفعال الحسية في اقتضاها لمسيباتها قدرا.

فهذا شرع الله تعالى، وذلك قدره، وهما خلقه وأمره، والله وحده له الخلق والأمر، ولاتبدل لخلق الله، ولا تغيير لحكمه، فكما لا يخالف سبحانه بالاسباب القدريّة أحكامها، بل يجريها على سببها، وما خلقت له، فهكذا الاسباب الشرعية لا يخرجها عن سببها وما شرعت له، بل هذه سنته شرعا وأمرًا، وتلك سنته قضاء وقدرا.

يبد أن سنته الأمرية، قد تتبدل وتتغير، كما يعصى أمره ويخالف، وأما سنته القدريّة، فلن تجد لسنة الله تبديلا، ولن تجد لسنة الله تحويلا، كما لا يعصى أمره الكوني القدري^(١).

ولذلك فإن العلامة ابن المقيم يذكر أن الحيلة بهذا المعنى يمكن أن يعتريها الأحكام التكليفية الخمسة: ذلك أن مباشرة الاسباب الواجبة حيلة على حصول مسبباتها، فالأكل والشرب والملبس والسفر الواجب حيلة على المقصود منه، والعقود الشرعية واجبة ومستحبة ومباحة كلها حيلة على حصول المعقود عليه. والاسباب المحرمة كلها حيلة على حصول مقاصدها منها^(٢).

على أن هذا اللون من الحيل يدخل فيه كل وسيلة مشروعة تفضي حتما إلى المشروع، فيدخل فيه التحيل على جلب المنافع، وعلى دفع المضار، وقد ألهم الله تعالى ذلك لكل حيوان، فلأنواع الحيوانات من ألوان الحيل والمكر، ما لا يهتدى إليه بنو آدم، ولذلك لم يرد عن السلف ذم هذا النوع من الحيل، وإنما الذم لمن عجز عنه فالكيس من كان به أفطن، وعليه أقدر، ولا سيما في الحرب، فانها خدعة، والعجز كل العجز ترك هذه الحيلة، والإنسان مندوب إلى استعاذته بالله تعالى من العجز والكسل، فالعجز عدم القدرة على الحيلة النافعة، والكسل عدم الإرادة لفعلها فالعاجز لا يستطيع الحيلة، والكسلان لا يريدان، ومن لم يحتل وقد أمكنته هذه الحيلة أضاع فرصته، وفرط في مصالحه كما قيل:

(١) اعلام الموقعين، ج ٣، ص ٣٣٥، ٣٣٦ وأيضا ما سبق ذكره - في هذه الرسالة - تحت عنوان،

أنواع الحيل في الفقه الاسلامي.

(٢) اعلام الموقعين، ج ٣، ص ٢٤١.

إذا المرء لم يحتل وقد جد جده .: أضع وقاسى أمره وهو مدبر
وفى هذا يقول بعض السلف: الأمر أمران: أمر فيه حيلة فلا يعجز عنه، وأمر
لا حيلة فيه فلا يعجز منه^(١).

وإذا كان البعض قد ذكر هذا النوع من بين أنواع الحيل - كما سبق -
وأنه محل اتفاق بين الجميع، ولم يشذ عن هذا الاتفاق أحد، لأن الوسيلة التي
يتعلق بها الإنسان في هذا النوع، لتحقيق غرضه، قد نصبت مفضية إلى
مقصودها ظاهراً فسالكها سالك للطريق المعهود. فان البعض الآخر يرى أن هذا
النوع من الحيل ليس حيلة في الحقيقة، ولا يصح أن يطلق عليه لفظ الحيلة، إذ
الغرض في الحيلة الخفاء، وهو مفتقد هنا، وفي ذلك يقول الشاطبي في موافقاته:
ان السبب غير فاعل بنفسه، انما وقع السبب عنده لابه^(٢) وأراد بذلك أن جعل
الاسباب وسيلة للحصول على مسبباتها المرجوة منها، انما بفعل السبب نفسه
لا بفعل الغير.

وأيضاً يقول ابن القيم نفسه الذى تكلم عن هذا النوع على انه من الحيل
بأن الكلام في الحيل ليس في هذا النوع^(٣)، وكأنه أراد بذلك خروجه من دائرة
الحيل، وهو في هذا يقرر ما قاله استاذ شيخ الاسلام ابن تيمية في اقامة الدليل
«ان تحصيل المقاصد بالطرق المشروعة اليها ليس من جنس الحيل، سواء سمي
حيلة أو لم يسم، فليس النزاع في مجرد اللفظ، بل الفرق ثابت من جهة الوسيلة،
ومن جهة المقصود، الذين هما المحتال به والمحتال عليه^(٤)».

كما يقرر الشيخ أبو زهرة في كتابه «ابى حنيفة» بعد سرد هذا النوع من
الحيل، حيث يذكر رأيه قائلاً: وعندى أن هذا لا يعد من الحيل على حد تعريف
الفقهاء^(٥).

(١) المرجع السابق، ص ٣٣٦.

(٢) الموافقات للشاطبي، ج ١، ص ١٣٦.

(٣) اعلام الموقعين، ج ٣، ص ٣٣٦.

(٤) اقامة الدليل، ص ٢١٨.

(٥) «أبو حنيفة» للامام ابى زهرة، ص ٤٢٥.

ويقول الاستاذ على حسب الله: وهذا النوع خارجا - فى الحقيقة - عن دائرة الحيل، لما علم من دلالة الحيلة على نوع من المهارة والحدق فى التوصل إلى الأغراض بما خفى من الأسباب^(١)، لايما ظهر منها.

ويذكر أيضا استاذ محمد عبد الوهاب بحيرى فى رسالة الحيل: ان العقود التى شرعها الله تعالى مفضية لاحكامها، اذا قصد بها ما شرعت له، لم تكن من الطرق المنهى عنه، ولا تسمى حيلة على الاطلاق، وان سميت فى اللغة حيلة^(٢).

وقد ذكرت الرأى عندى - آنفا - غير مرة ان هذا النوع لا يعد من الحيل، ولا يسمى من يباشره محتالا، أو متحيلا، سواء بالمعنى العام للحيل، أو بمعناها الخاص حيث لم يجهد المتصرف نفسه - فى هذا النوع - للوصول إلى أغراضه، وانما ذكرته جريا على الغالب من كلام الفقهاء، فى تقسيمهم للحيل.

وعلى فرض أنه حيلة فانه لا خلاف فى جوازه، والعمل به، اذ الوصول من ورائه إلى ابطال حق، أو أحقاق باطل، أو نصر ظالم، أو اعتداء على حقوق الآخرين، أمر تأباه شريعتنا الغراء التى تقرر هذا النوع من الحيل.

المطلب الخامس

الوسيلة المحرمة التى تفضى إلى المشرع

يباشر المسلم تصرفاته على وفق ما يملكه عليه دينه، فلا يرتكب محرما ولا يهدف الوصول إلى محرم، وهذا هو الفرض فى المسلم صحيح الاسلام. فاذا ما ابتغى أمرا مخالفا، فانه يسعى جاهدا للوصول اليه فى خفية من الناس، بحيث لا يراه احدا، ولا يطلع على مقصوده سواء، فيبذل الجهد والطاقة لكى يصل إلى هدفه - غير المحمود هذا - بكل الطرق والوسائل، وهنا يطرق باب الحيلة، كى يموه على الناس فى الوصول إلى مقصده.

فتارة يسلك المحتال الطريق المشروع، حتى يكون امام الناس سالكا للطريق المعهود، لينفذ من خلاله إلى غايته غير المشروعة، مستعملا فى ذلك ذكاءه وفطنته، ساعيا إلى غرضه - من خلال هذا الطريق المشروع - بخفاء شديد.

(١) أصول التشريع الاسلامى، على حسب الله، ص ٢٦٤.

(٢) الحيل فى الشريعة الاسلامية، الاستاذ/ محمد عبد الوهاب بحيرى، ص ٢٨٥.

فان أعيته الطرق المشروعة ، ولم تسعفه فى الوصول إلى هدفه، لجأ إلى الطرق الملتوية - غير المشروعة - ليحقق هدفه، ويصل إلى مقصده، وهو فى سلوكه هذا لا يأبى ازدراء الناس، كما لا يخشى سوء صنيعه، إذ كل همه أن يصل إلى هدفه ويحقق مأربه.

هذا كله إذا كان الهدف من هذا السلوك غير مشروع، فهو فى كل حالة يحرم لحرمة الغاية - كما سبق.

فان كان الهدف محمودا، فاننا نفرق بين الوصول اليه بالطرق المشروعة، وبين الوصول اليه، بالطرق غير المشروعة.

ففى الفرض الأول، يكون العمل صحيحا جملة وتفصيلا، إذ الوسيلة مشروعة والغاية كذلك، وهذا هو النوع الذى يحمد فاعله ولا يذم، بل هو النوع الذى ينأى بنفسه عن أن يطلق عليه لفظ الحيلة - كما سبق - فسالكة سالك الطريق الذى رسمه له الشرع الحكيم.

. أما الفرض الثانى وهو: ما إذا استعمل وسائل غير مشروعة لكى يصل إلى هدفه المشروع، فان الامر يدق، حيث نكون امام عدة تساؤلات، وهى: هل الغاية تبرر الوسيلة؟ وهل الوصول إلى المحمود جائز بكل وسيلة؟ أم هل حرمة الوسيلة تودى إلى حرمة الغاية؟ وهكذا.

هذا هو الفرض الذى نحن بصدده كنوع من انواع الحيل، إذ فيه يصل صاحب الحق إلى حقه بنوع من الخفاء والدهاء، وإن استعمل وسيلة غير مشروعة فى هذا، ولذلك سمي هذا النوع لدى الفقهاء بمسألة الظفر، وهى عبارة عن سؤال هام. وهو: هل يجوز لصاحب الحق، الذى يعجز عن اثبات حقه، أن يأخذه من غريمه إذ ظفر به؟ هذا هو التساؤل والجواب عليه يكشف النقاب عن هذا النوع من الحيل.

هذا وقد مثل الفقهاء لهذا النوع بجملة من الامثلة، فقالوا: ان يقصد بالحيلة أخذ حق، أو دفع باطل، لكن يكون الطريق فى نفسه محرما، مثل ان يكون له على رجل حق مجحود، فيقيم شاهدين لا لئمانه، فيشهدان به، ومثل ان يطلق الرجل امرأته ثلاثا، ويجحد الطلاق ولاينة لها، فتقيم شاهدين يشهدان أنه طلقها، ولم يسمعا الطلاق، ومثل ان يكون له على رجل دين، وله عنده ودیعة، فيجحد

الوديعة فيجحد هو الدين أو بالعكس، ويحلف ماله عندي حق، أو ما أودعني شيئا، وغير ذلك من كل حق تم الوصول اليه بمحرم^(١).

تختلف الفقهاء في مسألة الظفر، هذه على اقوال^(٢):

القول الأول: يجوز لصاحب حق ان يستوفي قدر حقه، اذا ظفر به، سواء كان من جنس حقه أو من غير جنسه، وهذا هو مذهب الشافعية، الا انهم لا يجوزون أخذ غير الجنس الا عند تعذر الجنس.

واستدلوا على ذلك بقول الله تعالى: «وجزاء سيئة سيئة مثلها»^(٣) ويقولون أيضا «وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به»^(٤) وأخذ الحق عند الظفر به مجازاة بالمثل، وعقاب بالمثل أيضا.

فان قيل: هذا يصح في أخذ الجنس، فلم تجوزون أخذ غير الجنس؟

أجيب بأن أخذ غير الجنس لا يجوز الا اذا تعذر أخذ الجنس، على ان غير الجنس يدفعه إلى الحاكم ليبيعه، ويستوفي حقه من ثمنه.

القول الثاني: يجوز له ان يستوفي قدر حقه، اذا ظفر بجنس ماله، وليس له أن يأخذ من غير الجنس، وهو مذهب الحنفية، وذلك عملا بالظاهر في الآيتين السابقتين^(٥).

القول الثالث: لا يجوز لصاحب الحق ان يستوفي حقه اذا ظفر بمال لغيره مطلقا، سواء كان من جنس حقه أو من غير جنسه، وإلى هذا ذهب الحنابلة وهذا هو الظاهر عند الامام مالك.

(١) انظر: اعلام الموقعين ج ٣، ص ٣٣٥، اقامة الدليل، ص ١٩٤، اغاثة اللهفان ج ٢، ص ٧٤، اصول التشريع الاسلامي، ص ٣٦٦.

(٢) واجمع في تحقيق هذه المسألة: اغاثة اللهفان، ج ٢، ص ٧٤، ومابعداها، فتح الباري، ج ٩، ص ٤١٩، سبل السلام ج ٣، ص ٦٨ - ٦٩، نيل الاوطار ج ٥، ص ٢٩٧، ٢٩٨، الحيل في

الشرعة الاسلامية، ص ٤٠٣ ومابعداها، القرطبي في الجامع لاحكام القرآن، ج ٣، ص ٣٥٥.

(٣) فتاوى (آية ٤٠).

(٤) فتح (آية ١٢٦).

(٥) غرر الميون يوب البصائر، شرح كتاب الاشياء والنظائر للحموي، ج ١، ص ٢٨٥.

واستدلوا على ذلك بأن الوصول إلى الحق في هذه الحالة لا يكون الا بشهادة زور، أو كذب، أو يمين باطلة. وشهادة الزور من الكبائر، والكذب كله حرام ولا سيما ان حلف عليه، واليمين الباطلة لا تسوغ أخذ الحق، وبالتالي لا يجوز له أخذ الحق لهذا الطريق المحرم، فليس له ان يقابل الفجور بمثله، كما أنه ليس له أن يكذب على من كذب عليه، أو يقذف من قذفه، أو يفجر بزوجة من فجر بزوجته، أو بابن من فجر بابنه، فهذا كله حرام، ولا يحل اللجوء اليه بحجة الوصول إلى حق، وفي هذا ورد حديث ابو هريرة رضى الله عنه قال: قال رسول الله - ﷺ - : أد الامانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانتك^(١) فان أخذ الحق ممن ائتمن عليه لم يجز لانه غلول وخيانة، وهذا حرام مطلقا.

القول الرابع: لا يجوز لصاحب الحق ان يظفر بمال لغريمه ان كان عليه دين لغيره، فان لم يكن عليه دين فله أن يظفر به ويأخذه، وهذا القول هو احدى الروايتين عن مالك، ولست أرى أية حكمة في هذه التفرقة، حتى يجيز الظفر اذا لم يكن عليه دين، ويمنعها اذا كان عليه دين، ولذلك كانت هذه الرواية عن الامام مالك ضعيفة.

ولقد نقل عنه رواية أخرى تكمل الروايات الثلاث التي اثرت عنه وهي انه اذا كان سبب الحق ظاهرا، كالنكاح والقراءة وحق الضيف، جاز للمستحق الأخذ بقدر حقه، حيث اذن النبي ﷺ لهند بنت عتبة ان تأخذ من مال ابي سفيان مايكفيها، ويكفى ولدها، وذلك عندما قالت له: يا رسول الله أن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني مايكفيني وولدي الا ما أخذت منه وهو لا يعلم فقال: «خذى مايكفيك ولذلك بالمعروف»^(٢)، كما اذن لمن نزل بقوم ولم يضيفوه أن يعقبهم

(١) انظر الحديث بشامة: سنن ابي داود، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي واولاده بمصر ٣٧١ - ١٩٥٢، ج ٥، ص ٢٦٠، كما ورد الحديث في نيل الاوطار، ج ٥، ص ٢٩٧، سبل السلام، ج ٣، ص ٦٨، الحيل في الشريعة الاسلامية، ص ٤٠٦، اقامة الدليل، ص ٢٠٣ اعلام الموقعين ج ٣، ص ٣٣٥، اصول التشريع الاسلامي، ج ٩، ص ٣٦٦.

(٢) رواه البخاري في كتاب النفقات، انظر متن البخاري بشرح السندی، ج ٣، ص ٢٨٩، الدارمي في باب وجوب نفقة الرجل على اهله، سنن الدررسي، ج ٢، دار احياء السنة النبوية، ص ١٥٩، راجع لفظه في سنن ابي داود، ج ٢، ص ٢٦٠، سنن ابن ماجه.

في مالهم بمثل قراه، فعن ابي هريرة رضى الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «أَيُّمَا ضَيْفٍ نَزَلَ بِقَوْمٍ فَأَصْبَحَ الضَّيْفُ مُحْرَمًا، فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ بِقَدَرِ قَرَاهُ وَلَا حَرَجَ عَلَيْهِ» (١).

وإن كان سبب الحق خفيا، به يثبت يتهم بالاخذ، وينسب إلى الخيانة ظاهرا، لم تكن له الأخذ وتعرض نفسه للتهمة والخيانة، وإن كان في الباطن آخذا حقه، كما انه ليس له ان يعرض نفسه للتهمة التي تسلط الناس على عرضه، وإن ادعى انه محق غير متهم.

القول الخامس: يجب على صاحب الحق، اذا ظفر بشيء من مال من عنده الحق، ان يأخذ منه بقدر حقه، سواء كان من نوع ماهو له او من غيره، ويبيعه ويستوفى حقه من ثمنه، فان فضل على ماهو له رده او لورثته وإن نقص بقى في ذمة من عليه الحق، فان لم يفعل ذلك فهو عاص لله عز وجل، الا أن يحلله ويرثه، فهو مأجور حينئذ، فان اخذ قدر حقه وطولب به أنكر، فان استحلف حلف وهو مأجور في ذلك، وهذا القول منسوب لامام الظاهرية ابن حزم، وقال ان هذا قول الشافعي (٢)، وابى سليمان، واصحابهما، وكذلك عندنا كل من ظفر لظالم بمال ففرض عليه أخذه وانصاف المظلوم منه، واستدل بالابيتين السابقتين، وقوله تعالى: «وَلَمَّا أَتَتْكُمْ بَعْدَ ظُلْمِهِ فَأُولَئِكَ مَا عَلَيْهِمْ مِنْ سَبِيلٍ» (٣) وقوله تعالى: «وَالَّذِينَ إِذَا أَصَابَهُمُ الْبَغْيُ هُمْ يَنْتَصِرُونَ» (٤)، ويقول تعالى: «وَالْحَرَمَاتُ قَصَاصٌ» (٥) ويقول تعالى «فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ» (٦)، ويحدث هند بنت عتبة السابق، وفيه اذنه ﷺ لها ان تأخذ من مال زوجها - ابي سفيان - مايكفيها وولدها، من غير اذنه ولا علمه.

(١) نيل الاوطار، ج ٨، ص ٢٥٦، اغانة اللهفان، ج ٢، ص ٧٦، الحيل في الشريعة الاسلامية ص ٤٠٥.

(٢) المحلى لابن حزم ج ٨، ص ١٨٠ مسألة رقم ١٢٨٤، هذا وقد نقل عن الشافعي أن الاخى غير واجب في القول الاول.

(٣) الشورى (آية ٤١).

(٤) الشورى (آية ٣٩).

(٥) البقرة (آية ١٩٤).

(٦) نفس المرجع السابق.

هذا وقد استدلل ابن حزم على ان من لم يفعل ذلك يكون عاصيا لله عز وجل بقوله تعالى: «وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان»^(١) قال: فمن ظفر بمثل ما ظلم فيه هو أو مسلم أو ذمى فلم يزل عن يد الظالم ويرده إلى المظلوم - باعتباره حقه - فهو أحد الظالمين، ولم يعن على البر والتقوى، بل أعان على الاثم والعدوان، وكذلك فإن الرسول ﷺ أمر من رأى منكرا ان يغيره بيده ان استطاع فمن قدر على قطع الظلم وكفه واعطاء كل ذي حق حقه، فلم يفعل، يكون قد قدر على انكار المنكر باليد ولم يفعل، فيكون قد عصى الله ورسوله.

وقد رد ابن حزم على حديث ابى هريرة السابق، بانه من رواية طلق بن غنام عن شريك وقيس بن الربيع وكلهم ضعيف - قال: ولئن صح فلا حجة فيه، لان انتصاف المرء من حقه ليس خيانة، بل هو حق واجب وانكار منكر وانما الخيانة ان يخون بالظلم والباطل، من لاحق له عنده، ويؤيد ذلك حديث أنس بن مالك رضى الله عنه يقول: قال رسول الله ﷺ: «انصر اخاك ظلما أو مظلوما، قالوا يارسول الله هذا ننصره مظلوما، فكيف ننصره ظلما، قال تأخذ فوق يديه»^(٢).

قال ابن حزم: والأمر فى الحديث ظاهر فى الإيجاب، ونصر الظالم باخراجه عن الظلم، وذلك بأخذ مافى يده لغيره ظلما.

وأينا فى هذا النوع من الحيل:

يمكن القول بأن هذا النوع من الحيل يعتبر من أعقد أنواعها، لان الفرض فيه أن صاحب الحق يريد الوصول إلى حقه، من غير الطريق المعهود له، ذلك ان من عليه الحق يججده، كما ان صاحب الحق نفسه لا يثبت له ثبوت هذا الحق، فكانت الصعوبة فى هذا النوع من الحيل، بحيث يصعب وضع حكم صريح له، بالجواز أو عدم الجواز.

وتتمثل الصعوبة الاولى فى ان صاحب الحق - الذى له حقا عند الآخرين - عاجز عن اثبات هذا الحق، وفى هذه الحالة لا يجد امامه الا المحرم - كوسيلة

(١) المائدة (آية ٢).

(٢) انظر متن البخارى بحاشية السندى، ج ٢، ص ٦٦.

لأثباته - لكي يحصل على حقه عن طريق القضاء، فلو جوزنا له سلوك هذا الطريق لكننا معارضين لقاعدة عامة تقضى بأن الغاية لا تبرر الوسيلة، والتي استند إليها الحنابلة في قولهم بالمتنع من هذه المسألة، فلا يجوز له ان يصل إلى حقه عن طريق محرم، وعلى فرض الجواز فاننا نكون أمام مسألة أخرى غير مسألة الظفر، لانه - والحالة هذه - يستطيع الحصول على حقه عن طريق القضاء لا عن طريق الظفر، حيث يقيم بينة بحقه - محترمة - والقاضى أمر ان يحكم بالظاهر لحديث ام سلمة ان رسول الله ﷺ، قال: «انما انا بشر، وانه يأتينى الخصم، فلعل بعضكم أن يكون ابلغ من بعض، فاحسب انه صدق، فأقضى له بذلك، فمن قضيت له بحق مسلم، فانما هي قطعة من النار، فليأخذها أو فليتركها» (١).

ومادام القاضى يحكم بالظاهر، وقد اقام صاحب الحق بينة محترمة لأثبات حقه وحكم له القاضى بمقتضاها، فانه يأثم على الوسيلة لا على الغاية، وذلك على فرض أنه محق فى دعواه، وانه صاحب حق فعلا.

ولو قلنا بعدم جواز ذلك - كما ذهب الحنابلة - نجد انفسنا امام صعوبة أخرى اذ ليس امام صاحب الحق الا ان يظفر بمال الغريم، اذا وقع فى يده، حتى يستطيع ان يصل إلى حقه، لانه - والحالة هذه - لا يستطيع رفع الامر إلى القضاء - اذ لا بينة له تثبت حقه، والفرض جحود هذا الحق ممن عليه. وفى هذه الحالة لو قلنا بجواز ذلك لظهر فساد عظيم، حيث تنتشر الفوضى، ويعم الفساد، اذ كيف يترك الامر للأفراد يأخذ كل منهم حقه بنفسه؟ مما يجعلهم يتحينون الفرص للايقاع بالفرماء.

وعلى فرض جواز الاخذ فى هذه الحالة، نكون امام صعوبة ثالثة، تتمثل فى: هل يأخذ بمقدار حقه، أم يأخذ كل ما وقعت عليه يده من اموال الغريم، سواء كانت من جنس حقه أو من غير جنسه، مساوية لحقه أو تزيد، على فرض عدم قابليتها للتجزئة.

فلو قلنا لايجوز له ان يظفر الا بمقدار حقه - كما ذهب الحنفية - لكننا أمام تساؤل فى غاية الأهمية، وهو من الذى يقدر هذا الحق، هل صاحب الحق

(١) متن البخارى بحاشية السندى ج ٢، ص ٦٨، انظر لفظه فى سنن ابى داود، ج ٢، ص ٢٧٠ النسائى ج ٢، ص ٣٧٧، ج ٢، ص ٧٧٧، نيل الاوطار، ج ٨، ص ٢٧٨.

نفسه؟ أم غريمه، ولا اعتقد ان الحق فى هذه الحالة يكون متفقاً عليه بينهما،
فغالب الظن ان بينهما خلافاً شديداً فى تقدير هذا الحق، والا لما جحد الغريم
الحق.

ولو قلنا بجواز اخذ كل ما يظفر به صاحب الحق - من جنسه او من غير
جنسه اذا تعذر الجنس كما يقول الشافعية - فان الامر لا يخرج عن فرص من
ثلاثة:

الاول أن يكون هذا المال الذى ظفر به صاحب الحق مساوياً لحقه، وفى هذه
الحالة نجد انفسنا امام الصعوبة الثانية، حيث انتشار الفوضى نتيجة ترك الامر
لهوى الافراد.

الثانى: ان يكون هذا المال ناقصاً عن حقه، وفى هذه الحالة لا يأمن صاحب
الحق ان يظفر غريمه بمال له، ثم يجحده اياه، وكأنه يبادل ظفروه بظفيرة وان أمن
ذلك فانه رغم الظفر لم يصل إلى حقه كاملاً.

الثالث: ان يكون هذا المال زائداً عن حقه، فان صاحب الحق يكون قد أخذ
الزائد عن حقه دون وجه حق، بطريق يعتبر استثناء - على فرض القول بجوازه -
من القاعدة العامة، القاضية بأن القصاص فى الحكم ينبغى ان يتم عن طريق
القضاء، والاستثناء يجب أن يكون فى اضيق الحدود، ولا يتوسع فيه، كما لا يقاس
عليه.

من هذا العرض يتضح ان كلام الفقهاء فى هذه المسألة يعتريه الغموض، اذ
يرد على كل رأى سابق أكثر من تساؤل فى حاجة ملحة إلى الاجابة عنه، ولعل
الرواية الثالثة التى نقلت عن الامام مالك، والتى تميز الاخذ فى هذه المسألة ان
كان سبب الحق ظاهراً، كدين نفقة او قرابة اوضيافة، ولا تميز الاخذ ان كان
سبب الحق خفياً، هى الاقرب للصواب والارجح، فى هذه المسألة، حيث انها
تفرق بين السبب الظاهر للحق، وتجعله مبرراً لان يأخذ صاحب الحق من غريمه
بقدر حقه اذا ظفر به، بخلاف ما لو كان سبب الحق خفياً، لانه يكون عرضة
للتهمة الباطلة من خيانة للامانة وغير ذلك مما نهى عنه الرسول ﷺ.

وهذا هو الذى أميل اليه واره راجحاً من بين الاقول السابقة، واضيف إلى
ذلك انه قد يعترض على الاخذ فى الفرض الاول انه خيانة، وقد نهى النبى -

﴿٦٧﴾ - ان يخون من خانه، غير ان الاجابة على هذا الاعتراض تكون ميسرة اذا علمنا ان الخيانة لاتكون الا عند عدم وجود حق، اما وقد وجد حق جحده من عليه، وأراد صاحبه أخذه بطريق الظفر، فان ذلك لا يعد خيانة، عرفاً، اذا انتصف المرء لحقه ليس خيانة.

وتجدر الإشارة إلى ان الاخذ في هذه المسألة مشروطة بأن يكون الحق ثابتاً ومعلومًا، وان يكون سببه واضحاً وظاهراً، فان كان غير ذلك، فلا يجوز له الأخذ كما لو اتهم على مال زاعماً انه بدل حقه، فانه لا يجوز اخذه، اذ الظن لا يبرر له الأخذ، بل الذى يبرره هو القطع واليقين، وأيضاً لا يجوز الاخذ فيما اذا استعمل على عمل بجعل يعطى له، ويكون جعل مثله اكثر من ذلك الجعل. فيغل بعض مال مستعمله ظاناً بذلك انه يأخذ تمام حقه، فهذا حرام ايضاً اذ الجعل هو ما اتفق عليه ولو كان جعل مثله اكثر منه.

كما يشترط للاخذ أيضاً ان يتحرى صاحب الحق الدقة فيما يأخذ، فلا يأخذ الابل مقدار حقه، بحيث لو ظفر بما يزيد عنه لا يجوز له اخذه، وفي ذلك يقول الحافظ ابن حجر فى الفتح «ولقد جزم الشافعى بجواز الاخذ فيما اذا لم يمكن تحصيل الحق بالقاضى، كأن يكون غريمه منكراً، ولاينة له عند وجود الجنس فيجوز عندئذ اخذه ان ظفر به، وأخذ غيره، بقدره ان لم يجده ويجتهد فى التقويم ولا يحيف»^(١).

كذلك يشترط فى الاخذ ان يكون بطريقة يؤمن معها الغوائل، اى العواقب الوخيمة، بأن يكون بعيداً عن التهم كالسرقة والنصب والخيانة وغيرها، وفى ذلك أيضاً يذكر ابن حجر قوله: اتفقوا على ان محل الجواز فى الاموال، لافى العقوبات البدنية لكثرة الغوائل فيها، وان محل الجواز فى الاموال ايضاً ما اذا أمن الغائلة كنسبته إلى السرقة ونحو ذلك^(٢).

وبهذه القيود يكون الاخذ جائز ولا حرج على صاحب الحق اذا ظفر بمال لغريمه واخذه فى مقابلة حقه بشروطه السابقة.

وأرى من المناسب ذكر ما قاله العلامة ابن القيم فى هذه المسألة حيث قال

(١) فتح البارى ج ٥، ص ٦٧.

(٢) المرجع السابق، ص ٦٧.

مانعه «وحيل هذا الباب ثلاثة أنواع، حيلة على دفع الظلم والمكر حتى لا يقع، وحيلة على رفعة بعد وقوعه، وحيلة على مقابله بمثله من حيث لا يمكن رفعه، فالنوعان الأولان جائزان وفي الثالث تفصيل، فلا يمكن القول بجوازه، على الإطلاق، ولا بالمنع منه على الإطلاق، بل إن كان التحيل به حراما لحق الله لم يجز مقابله بمثله كما لو جرعه الخمر أو زنا بحرمة، وإن كان حراما لكونه ظلما له في ماله وقدر على ظلمه بمثل ذلك فهي مسألة (الظفر) وقد توسع فيه قوم حتى أفرطوا وجوزوا قلع الباب، ونقض الحائط، وخرق السقف، ونحو ذلك لمقابله، فأخذ نظير ماله، ومنعها قوم بالكلية، وقالوا: لو كان عنده وديعة، أو له عليه دين لم يجز أن يستوفي منه قدر حقه إلا بإعلامه به، وتوسط آخرون وقالوا: إن كان سبب الحق ظاهرا كالزوجية والابوة، والبنوة وملك اليمين الموجب للانفاق، فله أن يأخذ قدر حقه من غير إعلامه، وإن لم يكن ظاهرا، كالقروض وضمن المبيع، ونحو ذلك لم يكن له الأخذ إلا بإعلامه، وهذا أعدل الأقوال في المسألة، وعليه تدل السنة دلالة صريحة، والقائلون به أسعد وبالله التوفيق»^(١).

وبهذا يتضح أن مارجحناه في المسألة هو مارجحه ابن القيم نفسه، وهو أحد جهابذة الحنابلة، الذين يمتنعون الأخذ في هذه المسألة مطلقا.

وغنى عن البيان أن هذه المسألة تخرج عن القرض الذي يجد فيه صاحب الحق عين ماله عند الغريم، ذلك أن من رأى عين ماله أو أمته أو زوجته بيد الغاصب الظالم، فخلصها منه قهرا، فإنه في هذه الحالة قد تعين حقه في هذه العين، ولا يجوز له أن يأخذ - ظفرا - غيرها؛ بخلاف الدين، فإن حقه لم يتعين في عين من الأعيان، حتى يقال إن له أن يستوفي حقه منها، وفي مثل هذا القرض ورد حديث رسول الله - ﷺ - «من أدرك ماله بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس، فهو أحق به من غيره»^(٢). وإذا كان هذا في حالة الإفلاس ففى غيرها أولى منها.

ولما كان ذلك راجعا للوصول إلى الحق، فإن القول بالحيلة لدفع الظلم أولى بالرجحان، ولذلك نجد اتفاقا بين الفقهاء على القول بالحيلة فيمن ينطق بكلمة

(١) اعلام الموقعين، ج ٤، ص ٢٢.

(٢) انظر متن البخارى بشرح السندى، ج ٢، ص ٥٨، اغاثة اللهفان، ج ٢، ص ١٧٩.

الكفر لحقن دمه وعصمة نفسه، غير ان قلبه مطمئن بالايمان، ولا يقال ان ذلك يماثل حيلة المنافقين، الذين يظهرون الاسلام ويطنون الكفر اذ الفرق بينهما واضح وضوح الشمس في علاها. فمن احتال على دفع الظلم عن نفسه ولو بالتلفظ بكلمة الكفر، فحيلته محمودة، بل من الواجب عليه اللجوء اليها لئلا يعرض نفسه للهلاك، وكذلك من احتال لدفع الظلم عن غيره ولو بطريق حرام كانت حيلته محمودة، كما لو تتبع جبار ضعيفا يريد الفتك به، ثم احتفى بآخر، فاذا سؤل هذا الاخر عنه، وكذب كأن قال ما عندي أو ما أعلم عنه شيء. كان ذلك من الحيلة المحمودة، وهذا مما لاخلاف فيه بين الفقهاء.

المطلب السادس

الوسيلة المشروعة التي لاتفضى إلى المشروع الا بخفاء

يسلك المحتال كافة الوسائل التي تكفل له سرية قصده، مع تحقيق غايته، ويسعى في ذلك إلى استعمال الطرق الخفية، التي تخفى حيث غايته، سوء مقصده، حتى يكون في مأمن من ازدراء الناس له، فيعمد إلى وسائل لاتتفق والاعراض التي يرمى اليها، اذ العادة ان هذه الاهداف لا يصل اليها الشخص المعتاد الا بأفعال تناسبها، وسلوك يؤدي اليها، ولذلك يحتاط المحتال لنفسه فيتخذ من السلوك المشروع وسيلة للوصول إلى غايات غير مشروعة.

أما اذا أراد الشخص أن يصل إلى غايات مشروعة، وأهداف محمودة، فانه يتخذ لذلك وسائله التي تتفق مع مقصده، بصورة لا يخشى معها افتضاح أمره وانكشاف سره، حيث غرضه محمود، وغايته مشروعة، ولذلك يتفق مظهره مع مخبره، فيأخذ الطريق المشروع الذي يوصله إلى اغراضه المشروعة.

بيد أن هذه الغايات، يمكن الوصول إليها اما باعمال الفكر والجهد، وأما بمجرد اتخاذ تلك الوسائل المشروعة، وهذه الاخيرة هي الاسباب الشرعية التي يترتب على ولوج طريقها وجود مسبباتها حتما. أما الطريق الاول فان الشخص لا يصل إلى أهدافه من خلاله الا بفطنة وذكاء شديدين، اذ أن هذه الوسائل لاتوصل إلى هذه الغايات الا بطريق خفي.

والاسلام دائما يحثنا على تهذيب النفوس، وتكوين العقليات الفذة، ثم بعد ذلك يحافظ على هذه العقليات بطريقة خاصة تجعل الناس يسيرون وفق هدى

السماء، حتى لا تختلف بهم السبل، أو تتفرق بهم الاهواء، وحتى لا يضلوا عن
وحى السماء، الذى جاء به الرسول الكريم، ليخرج به الناس من الظلمات إلى
النور، وذلك ليعيشوا فى رحاب الله آمنين مطمئنين.

هذه العقليات التى هذبها الاسلام ورعاها، تستطيع أن تصل إلى الحقوق أو
أن تدفع الظلم بطرق مباحة، لم توضع موصلة إلى ذلك أصلاً، بل وضعت لغير
ذلك، أو تكون هذه الطرق قد وضعت لذلك، لكن افضاءها إلى هذا المقصود
يكون خفياً، لا يفتن إليه الا صاحب العقلية الفذة النادرة، ولذلك فان الوصول
إلى هذه الأهداف بتلك الوسائل، ماهو الا خروج من مأزق، أو فرجة من ضيق،
أو تيسير فى عسر، وهذا هو النوع الذى يطلق عليه الخروج من المضائق بطريق
شرعى^(١).

ذلك أن الناس اذا وقعوا فى شدة، أو ألم بهم ضيق أو حرج، بذلوا جهدهم
وعماوا فكرهم، للتخلص مما أصابهم أو اعترض طريقهم، يحدوهم فى ذلك يسر
الدين وعدم ارادة الحرج والمشقة بهم، فاذا ما أحس الناس بحرج سوف يقعون
فيه، أو بشدة سوف تنزل بهم، أو عسر سوف يخالط حياتهم، نتيجة لسلوك صدر
عنهم أو تصرف وقع منهم، واصبحوا فى مأزق حرج، كانوا فى حاجة ماسة
للتخلص مما ينتظرهم من آثار تسوؤهم، وتضرهم. عند ذلك يأتى دور الحيلة التى
دفعت اليها الحاجة الملحة، فيتعلق الناس بأذيالها، لتخلصهم من المصير الذى
يحذرونه، وتنقذهم من الضيق الذى يتوقعونه.

وفقهاء المسلمين فى كل وقت، هم أحرص الناس على ارشاد الخلق لدين
الله، والأخذ بأيديهم إلى رحابه الواسعة، ليشعر الناس بسماحة الاسلام، وليدركوا
رحمة الله ولطفه بعباده، ولذلك كان الناس اذا نزلت بهم ضائقة، أو ألم بهم
حرج، أو أصابتهم شدة، أو صادفتهم مشكلة، لم يجدوا أمامهم الا فقهاء
المسلمين، وأئمة الهدى يفرعون اليهم، ليعرضوا عليهم أمرهم، ويطلعوهم على
ماخفى من أحوالهم، طلباً للنصيحة والتوجيه، ويان حكم الله تعالى^(١).

ولذلك كانت الحيلة من فقهاء المسلمين، للخروج من الضيق والشدة التى
ألمت بأحاد الناس، أو وقع فيها بعضهم.

(١) الحيل فى الفقه الاسلامى - رسالة - ص ١٨.

ولقد تفاوت الفقهاء فى الاخذ بهذا النوع من الحيل ، حيث برز منهم فى هذا المجال وحاز قصب السبق ، الامام الاعظم ابو حنيفة النعمان - رضى الله عنه - حتى أنه اشتهر بالقول بالحيلة ، ونسبت الحيل إلى مذهبه ، حيث ذكر جل العلماء بأن أبا حنيفة أثرت عنه طائفة من الحيل الفقهية كان يفتى بها من يكون فى ضيق ، فيخرجه منه بحكم فقهى متفق مع المقرر فى الشريعة ، ومن كثرة ما أثره عنه فى هذا المجال ، ادعى البعض أن لابي حنيفة كتابا فى الحيل ، يفتى فيه للناس بالتحلل من الاحكام الشرعية ، والقيود الفقهية ، فلقد روى ان عبد الله بن المبارك قال : « من كان عنده كتاب الحيل لابي حنيفة يستعمله ، أو يفتى به ، فقد بطل حجه ، وبانت منه امرأته » ، كما روى عنه ايضا انه قال : « من نظر فى كتاب الحيل لابي حنيفة احل ما حرم الله ، وحرم ما أحله الله »^(١) .

وبعيدا عن الدخول فى مدى صحة نسبة هذا الكتاب للامام الجليل أبى حنيفة حيث بسط القول فى هذا الموضوع ، الامام ابو زهرة ، فى كتابه « ابو حنيفة » وفيه انه استبعد نسبة هذا الكتاب او امثاله إلى الامام ابى حنيفة - رضى الله عنه^(٢) .

أقول : بعيدا عن الخوض فى هذا التحقيق فإن الحيل الفقهية التى تخرج الناس من ضيق أو تفرج عنهم كربة انما هى أصل من أصول المذهب الحنفى ، كما ذهب إلى ذلك صاحب الفكر السامى^(٣) ، ويسمونها « المخرج من المضائق » ، حيث كان الامام ابو حنيفة - صاحب المذهب - يفتى لبعض السائلين ممن تورطوا فى أيمانهم ، أو اشرأبت نفوسهم إلى ماهو الأيسر من الدين ، والاسهل فى العمل فيذكر لهم بعض الحيل الفقهية التى تلبى حاجات فى صدورهم ، مستعملا فى ذلك ذكاءه النادر ، ومرونته الفقهية ، ونظراته البعيدة إلى مقاصد الشريعة وأهدافها ، فى اطار الشريعة ذاتها ، وبدون استحلال لما حرم الله ، أو تحريم

(١) الامام محمد أبو زهرة فى كتابه « ابو حنيفة » ص ٤٢١ بند ٢٣٩ ، وقريب منه : اعلام الموقعين ج ٣ ، ص ١٧٦ وما بعدها ، الحيل فى الشريعة الاسلامية ، ص ٢٩٤ وما بعدها .

(٢) « ابو حنيفة » المرجع السابق ، ص ٤٢١ وما بعدها بند ٢٣٩ ، ٢٤٠ .

(٣) الفكر السامى فى تاريخ الفقه الاسلامى ، محمد بن الحسن الحجوى الثعالبى الفاسى ، ج ١ ، ص ٣٦٣ .

لما أحل الله، ومن ثم أثرت عن الحنيفة هذه الطائفة من الحيل، وسرت بين الخاصة والعامة بما تحمله من اردة اليسر، ومرونة التفكير، فكانت مثار إعجاب المعجبين حيناً، ومحل انكار المنكرين حيناً آخر، وقد بلغ من رواجها في الاوساط العلمية، أن الصقت بها، امثال لفقت بغيرها، واستندت إلى اسم الامام الاعظم، لتكتسب من شهرته شهرة، ولتستفيد من سمعته العلمية ذيوع وانتشاراً.

وبلاحظ أنه يمكن ضبط هذا النوع من الحيل في أربعة أقسام: القسم الأول في الايمان، وأكثره في ايمان الطلاق، والقسم الثاني في توجيهات من المفتي لمن يستفتيه في العقود، والفرض منها، الاحتياط لنفسه بكل أنواع الضمانات لكيلا تضيع حقوق له في مستقبل، أو لكيلا تقع به مضار بسبب العقد، والقسم الثالث، في التوفيق بين مقاصد المتعاقدين المشروعة التي لا اثم فيها، وبين ما يشترطه الفقهاء للعقود وما يقرونه من شروط، ومالا يقرون، والقسم الرابع: في بيان الطريق للوصول إلى الحقوق الثابتة، ولكن يحول بينها وبين الالتزام بها، بعض قواعد شرعية تثبت لحماية المبادئ المقررة في الشريعة، ولمنع عبث الناس بالاحكام الشرعية^(١).

وقبل الخوض في آراء الفقهاء حول هذا النوع من الحيل، اذكر بعضاً منها. ممن أثرت عن الامام أبي حنيفة - رضى الله عنه - لنعلم اى نوع من الحيل التي يدافع عنها الحنيفة، حتى لا ينسب اليهم ما ليس بهم، اذ من الخطأ الفاحش أن تنسب الحيل بمعناها المذموم إلى امام كأبي حنيفة مع ماله من باع طويل في الفقه والعلم، فضلاً عن ورعه وتقواه، ولو أخذنا في الاعتبار ذكاءه الندر، وعمق بصره وتدبره للأمور، لتراجع اولئك الذين يريدون أن ينسبوا اليه هذه التهمة الخطيرة، وأنه يحرم ما أحل الله أو يحل ما حرم الله.

فقد سئل - رضى الله عنه - عن أخوين تزوجا أختين، فنزفت إلى كل واحد منهما، امرأة أخيه، فقال ابو حنيفة رضى الله عنه: على الزوجين، فيأتى بهما، فسأل كل واحد منهما هل تعجبك المرأة التي دخلت بها؟ قال: نعم، فقال ابو حنيفة بعد ذلك لكل واحد منهما: طلق امرأتك تطليقه، ثم زوج ابو

(١) راجع هذه الاقسام تفصيلاً في كتاب: «أبو حنيفة». للامام ابي زهرة، ص ٤٢٧، فقرات ٢٤٥ - ٢٤٩.

حنيفة كل واحد منهما المرأة التي دخل بها، وقال: قوما إلى أهلكما على بركة الله^(١).

ولقد وقعت هذه الحادثة لبعض الأشراف بالكوفة، وكان قد جمع العلماء لوليمة، وكان فيهم أبو حنيفة، وكان في عداد الشبان يومئذ، وبينما الجميع على المائدة جالسون، اذا سمعوا ولولة النساء، فقليل ماذا أصابهم؟ فذكروا أن النساء قد غلطن، فأدخلن امرأة كل واحد على صاحبه، ودخل كل واحد منهما بالتي أدخلت عليه، وقالوا: ان العلماء على مائدتكم فسلوهم عن ذلك، واذا بسفيان الثوري - رحمه الله - يقول: فيه قضى على - رضى الله عنه - على كل واحد من الزوجين المهر، وعلى كل واحدة منهما العدة، فاذا انقضت عدتها دخل بها زوجها، وكان أبو حنيفة - رحمه الله - ينكت بأصبعه على طرف المائدة، كالمتفكر في شيء، فقال له من إلى جانبه: أبرز ماعندك، هل عندك شيء آخر، فغضب سفيان الثوري قائلاً: ماذا يكون عنده بعد قضاء على - رضى الله عنه -؟ يعنى فى الوطء بشبهة. فطلب أبو حنيفة الزوجان ودلهما على الحيلة السابقة، فقال سفيان: ما هذا الذى صنعت؟ فقال أبو حنيفة: أحسن الوجوه وأقربها إلى الألفة، وأبعدها عن العداوة، أرايت لو صبر كل واحد منهما حتى تنقضى العدة، أما كان يبقى فى قلب كل واحد منهما شيء بدخول اخيه بزوجه، ولكنى امرت كل واحد منهما حتى يطلق زوجته التى عقد عليها، ولم يكن بينه وبينها دخول ولاخلوة، فلاعده عليها من الطلاق، اذ هو طلاق قبل الدخول، ثم زوجت كل امرأة ممن وطئها، وهى معتدة منه، وعدتها لاتمنع نكاحه، وقام كل واحد منهما مع زوجته، وليس فى قلب كل واحد منهما شيء لاخيه، وفى هذا يعلق الامام ابن القيم على هذا التصرف من أبى حنيفة قائلاً: ان هذه الحيلة فى غاية اللطف، فان المرأة التى دخل بها كل واحد منهما، قد وطئها بشبهة، فله ان ينكحها فى عدتها، فانه لايصان ماوه عن مائه، وأمر أن يطلق واحدة، فانه لم يدخل بالتي طلقها، فالواحدة تبينها ولاعدة عليها منه، فلأخر أن يتزوجها^(٢).

(١) كتاب الخصاص فى الحيل، ص ٨٨، اغالة اللهفان ج ٢، ص ٢٣، المبسوط للسرخسى، ج ٣٠، ص ٢٤٣، وانظر اعلام الموقعين ج ٤، ص ٣٨٣، وفيه ان ذلك منسوب الى محمد بن الحسن صاحب ابى حنيفة.

(٢) انظر: الحيل فى الفقه الاسلامى - رسالة - ص ١٩ وما بعدها، اعلام الموقعين، ج ٣، ص ٣٨٣.

هذه بعض الامثلة التي أثرت عن الامام أبي حنيفة، وقد ذكرتها على سبيل المثال لا الحصر، وهي تعنى فى جملتها، العمل بقدر الامكان على الخروج من الضيق، بوجه شرعى، يتفق واحكام الشرع، وبهذا يعلم ان الحيل التي تحرم ما أحل الله أو حل ما حرم الله، ليس من افتاء الامام ابي حنيفة ولا من غيره من الائمة الذين يقتدى بهم، وبذلك ندرك ان نسبة كتاب الحيل - الذى ذمه التابعون - إلى أبى حنيفة، انما هى نسبة خاطئة، لان الحيل عند ابي حنيفة، ما هى الا خروج من المضايق بوجه شرعى، فهى بعيدة عن الآثام. ولهذا فانتا نجد ضابط الحيلة الجائزة وغير الجائزة عند الحنيفة، وهو الذى صدره الخصاف - الحنفى - كتابه عن الحيل اذ يقول: لا بأس بالحيل فيما يحل ويجوز، وانما الحيل شىء يتخلص به الرجل من المآثم والحرام، ويخرج به إلى الحلال، فما كان من هذا أو نحوه فلا بأس، وانما يكره من ذلك ان يحتال الرجل فى حق الرجل حتى يطله، أو يحتال الرجل فى حق الرجل حتى يطله، أو يحتال فى باطل حتى يموهه، أو يحتل فى شىء حتى يدخل فيه شبهة، فأما ما كان على هذا القبيل الذى قلن، فلا بأس بذلك، وهذا كتاب فيه اشياء مما يحتاج الناس اليها فى معاملاتهم وأمورهم^(١).

هذا وقد نقل عن محمد بن الحسن انه قال مثله فى صدر كتابه «المخارج فى الحيل» وفيه ان المكروه عنده إلى الحرام أقرب، وهونفس الضابط الذى ذكره شمس الأئمة للسرخسى، فى كتابه «المبسوط» الذى شرح فيه كتاب الكافى للحاكم الشهيد، وذلك فى الجزء الثلاثين منه، فى اوائل الكلام عن الحيل. ولهذا كله فقد أطبق علماء الحنفية، لتقدمون منهم والمتأخرون، على أن الحد الفاصل بين مايجوز من الحيل، وما لايجوز منها، هو ذلك الضابط الذى ذكره الخصاف ومحمد بن الحسن، وشمس الأئمة السرخسى^(٢).

من هذا العرض يتضح ان المقصد الحسن يكون التوصل اليه محمودا، اذا

(١) كتاب الخصاف فى الحيل، المرجع السابق، ص ٤، الفتاوى الهندية، ج ٦، ص ٣٩٠.

(٢) أنظر الحيل، المرجع السابق، ص ٤، الفتاوى الهندية، ج ٦، ص ٣٩٠.

كانت الوسيلة اليه محمودة ومشروعة، خاصة اذا كان الوصول إلى هذا القصد الحسن قد تم بطريق اعمال الذهن، والعمل على الخروج من الشدة والضيق بوجه لا يتنافى مع مقاصد الشارع الحكيم.

ولما كان هذا النوع من الحيل اصلا من أصول الحنفية - كما سبق - فانهم قد اعتمدوا فى بناء هذا الاصل على قول الله تبارك وتعالى: لنبيه أيوب عليه السلام: «وخذ بيدك ضغثا، فاضرب به ولا تحث»^(١).

ولقد ذكر كل المحققين هذه الآية، كدليل على جواز هذا النوع من الحيل، ومن ثم فان مناقشتها، وذكر آراء الفقهاء فيها، يبين بوضوح مدى مشروعية هذا النوع من الحيل عند الفقهاء^(٢).

فهذه الآية هى أقوى ما يعتمد عليه القائلون بجواز هذا النوع من الحيل، بل وقاسوا عليها غيرها مما شابهها.

(١) سورة ص (آية ٤٤).

(٢) راجع فى مناقشة هذه الآية وآراء الفقهاء فيها: كتب التفسير المعتمدة فى هذه الآية.

المطلب السابع

الحيل التفريرية (التدليسية)

يسعى المحتال من وراء سلوكه إلى هدف يريد الوصول إليه، ويعمل جاهداً من أجل تحقيقه، وينذل ما فى وسعه من أجل ألا يفتضح أمره، أو ينكشف غرضه. هذا الهدف الذى يريد المحتال الوصول إليه، لا بد وأن يكون له منفعة فيه، لأنه لو لم يكن ثمار إحتياله لكان فى غنى عن خوض هذا السلوك، وإنما الراجح أنه لا يلجأ إلى طريق الحيلة - هذه - إلا لمنفعة تعود إليه، ومكسب يتحقق له. سواء كان هذا التفع مادياً أو معنوياً.. فمثلاً المرأة التى تحتال على زوجها بالردة لينفصم عرى الزوجية لا بد أن لها نفع فى هذا الانفصام كما لو أرادت أن تسلك طريق زواج آخر، أو الإنتهاء من معاشرة مثل هذا الزوج لسبب أو لآخر، أو أى شئ يعود عليها من هذا الانفصام، وإلا ما الذى جعلها تسلك طريق الحيلة، وتتعب نفسها، وتجهد فكرها.

لا بد أن للمحتال غرضاً، وأن هذا الغرض يعود عليه بما يحقق له النفع حتى ولو كان هذا النفع نسبياً، إذ ما يراه البعض منفعة، قد يكون مضرة فى نظر البعض الآخر، فمن يتبايع بالعينة يظن كل الظن أنه يستفيد من هذا النوع من المعاملات بقدر الزيادة التى يحصل عليها، غير أن هذه النظرة تتلاشى تماماً عند من يتقى الله، وينظر إلى المعنى البعيد لقول الله تبارك وتعالى «يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا إن كنتم مؤمنين فإن لم تفعلوا فاذنوا بحرب من الله ورسوله^(١)»، هذه الزيادة هدفاً يسعى لتحقيقه لأنه يحقق له فوائد فى نظره.

وهذا من الملاحظ فى كل أنواع الحيل السابقة، حيث ينظر المحتال إلى مصلحته فحسب، سواء ترتب عليها ضرر بالآخرين، أو لم يترتب، فإن ذلك لا يعنى عنده شيئاً، فمن يتعامل بالعينة يجعل كل همه هو الحصول على الزيادة، سواء أضرت هذه الزيادة بالمحتاج، وذلك ما يحدث غالباً، أو لم تضر به، فهذه زاوية لا ينظر إليها المحتال ولا يوليها أية عناية.

غير أن بعض المحتالين يروق لهم إلحاق الضرر بالآخرين، سواء عادت عليه

(١) سورة البقرة (آية ٢٧٨، ٢٧٩).

الحيلة بنفع له أو لم تعد، فهم يرون في مصيبة وقعت بالآخرين فرحة، وفي ضيق ألم بهم فرجة، وفي عسر حاق بكاھلهم يسراً، ويسعون جاهدين من أجل تحقيق هذا الهدف، بعيداً عن أعين الآخرين، في خفاء شديد، يتعذر معه الإطلاع على نواياهم غالباً، ولكن لا يلبثون أن ينكشف أمرهم.

وهؤلاء يقومون بنشاط مؤثر في سبيل الوصول إلى هذه الأهداف، يستطيعون بها التغرير بالآخرين، والحاق الضرر بهم وخديعتهم.

ولذلك كان هذا النوع من الحيل مختلفاً عن الأنواع السابقة، فإذا كانت الأنواع السابقة من الممكن وجودها في مجال العبادات، كما في حالة الهبة فراراً من الزكاة، وكذلك المعاملات، كما هو الحال في بيع العينة، فإن الحيل التغيرية هذه لا يتصور وجودها إلا في مجال المعاملات، إذ أنها تنطوي على المكر والخديعة، وإن كان هذا جائزاً فيما بين العباد، فحاش لله أن يتجرأ عبد على المكر به - سبحانه وتعالى - لأنه سبحانه يعلم خائنة الأعين وما تخفي الصدور، فهذا النوع من الحيل لا مجال له إلا المعاملات بشتى أنواعها واختلاف صورها.

ولما كان هذا النوع من الحيل قائماً على الخديعة والتدليس فإنه محرماً، إتفاقاً بين الفقهاء^(١)، وهذا وجه آخر من أوجه الاختلاف بينه وبين سابقه من الأنواع الأخرى، فهذه الأنواع بعضها إتفق عليها، وبعضها الآخر اختلف فيها، أما هذا النوع فإنه محل إتفاق بين الفقهاء على حرمة وإثم فاعله، لما فيه من الخديعة والغش، غاية الأمر وجد الاختلاف في الأثر المترتب عليه، وهو ما سنعرض له عند الكلام على آثار الحيل.

هذه هي الحيل التغيرية (التدليسية) على عجلة سريعة قبل الخوض في تفاصيلها وأنواعها.

ذلك أن المحتال في هذا النوع قد يصل إلى هدفه أما بالقول، كما في حالة النجش، وأما بالفعل كما في التصرية، وأما بالسكوت أو الكتمان في موضع

(١) نظرية العقد (دراسة مقارنة) د. عبد المجيد مطلوب، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦، ص ١٠ وما بعدها.

يقتضى البيان، كما في حالة إخفاء، أو عدم إظهار العيوب الخفية في الشيء المباع وذلك كله على النحو التالي :

أولاً : التفرير بالقول :

هو القول المؤثر على إرادة أحد طرفي التعاقد تأثيراً من شأنه إلحاق الضرر به، وهذا التفرير يكون بالقول، أى بمجرد التلفظ بكلام يكون له ذلك التأثير، وقد يقع هذا القول من المتعاقد الآخر معه، وقد يقع من الغير.

فالمتعاقدين قد يفرر بقوله المتعاقد معه، ويحدث ذلك بمجرد الكذب، بيد أن الكذب المكون للتفرير، قد يكون بإعطاء بيانات كاذبة في عقود تقوم في أساسها على صحة هذه البيانات، أى الصديق فيها، وهذه العقود هي أنواع من البيع يطلق عليها الفقهاء، «بيع الأمانة»، وقد يحدث التفرير القولي من التعاقد باستغلال الثقة التي يضعها المتعاقد الآخر فيه، أو استغلال أحد المتعاقدين جهل الآخر بالأسعار، وبأمور البيع والشراء، كما في تلقي الركبان، وقد يكون التفرير القولي بغير ذلك مما من شأنه أن يلحق الضرر بأحد المتعاقدين عن طريق الحيلة الخفية.

وقد يقع التفرير القولي من غير المتعاقدين، وأوضح مثل لذلك هو «بيع النجش» ولهذا فإن التفرير بالقول يكون أظهر ما يكون في بيع الأمانة، وبيع النجش، ذلك أن بيع الأمانة تقوم أساساً على صدق البائع في إخباره عن حقيقة الثمن الذي قام به المبيع عليه للمشتري، والمشتري إنما يطمئن إلى هذا الإخبار، ويقدم على الشراء على أساسه، ومن ثم يتفق مع البائع على وضع معين لا يخرج عن واحد من أربعة، فإذا أن يتفق معه على أن يشتري الشيء من البائع بالثمن الذي قام به عليه - وأخبره به البائع - مع إضافة شيء من الربح عليه، ويسمى البيع في هذه الحالة «مرايحة»، وأما أن يشتريه بالثمن الذي قام به عليه دون زيادة ولا نقصان، ويسمى البيع في هذه الحالة «تولية» وأما أن يشارك المشتري البائع في جزء من المبيع بما يقابله الثمن، ويسمى في هذه الحالة «مشاركة»^(١).

(١) أنظر في هذه الألفاظ في المواد ١٠٠، ١٠٤، ١٠٧ من مشروع تقنين الشريعة على مذهب الإمام الشافعي، إعداد اللجنة التحضيرية لتقنين الشريعة الإسلامية بإشراف مجمع البحوث الإسلامية، الطبعة التمهيدية ١٣٩٢ هـ - ١٩٧٢ م.

وهكذا يلاحظ في هذه الصور أن المشتري إنما يقدم على الشراء بعد أن يقدر الأمور على ضوء الثمن الذي ذكره له البائع، وأخبره بأن المبيع قام عليه، بهذا الثمن، وبالتالي فإن الكذب في هذا الإخبار من شأنه أن يلحق الضرر بالمشتري، والبائع قد يخبره بغير الحقيقة طلباً للمزيد أو إرادة الإضرار بالمشتري، وهو في ذلك يحتال بكذبه لكي يصل إلى غرضه سواء كان هذا أم ذاك، ولا يخفى ما في ذلك من حيلة، وهي حيلة محرمة إتفاقاً بين العلماء لما في ذلك من التفرير بالمشتري وإلحاق الضرر به، فضلاً عن إستعمال وسيلة محرمة لولوج طريق هذه الحيلة، ألا وهي الكذب، فتحرم الحيلة لحمة الوسيلة.

هذا إذا كان المحتال هو العاقد نفسه، فإن كان غير العاقد، فإننا نكون أمام صورة أخرى من صور التفرير القولي، هي صورة بيع النجش.

والنجش : هو أن يزيد في ثمن السلعة المعروضة للبيع من لا يريد شراءها ليقتدى به السوام، فيظنون أنه لم يزد فيها هذا القدر من الثمن إلا وهي تساويه فيفترون بذلك، ويبادرون إلى شرائها، وهذا حرام إتفاقاً^(١) لما فيه من الإضرار بالمشتري وخداعه والتفرير به.

والنجش على هذا النحو حرام، سواء كان البائع متواطئاً مع الناجش، أو لم يكن يعلم به البائع، قال في الفتح : النجش هو الزيادة في ثمن السلعة ممن لا يريد شراءها، ليقع غيره فيها، سمي بذلك لأن الناجش يثير الرغبة في السلعة، ويقع ذلك بمواطأة البائع، فيشتركان في الإثم، ويقع بغير علم البائع، فيختص بذلك الناجش^(٢).

وهذا النوع من التعامل محرم لجملة من الأحاديث كلها تنهى عن بيع النجش فقد ورد النهي عن هذا البيع فيما رواه إسن عمر - رضى الله

(١) روضة الطالبين، ج ٣، ص ٤١٤، البحر الرائق، ج ٦، ص ١٠٧، الكافي، ج ٢، ص ٢٢، المعنى لابن قدامة، ج ٤، ص ٢٣٤، مقدمات ابن رشد مع المدونة ج ٣، ص ٣٠٠، تنوير الحوالك، شرح على موطأ مالك، الجلال الدين السيوطي الشافعي، ج ٢، ص ١٧١، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، د. عبد المجيد مطلوب، نظرية العقد، ص ١٠٦، هامش (١).

(٢) فتح الباري، ج ٤، ص ٤١٦، نيل الأوطار، ج ٥، ص ١٦٦.

عنهما، قال . نهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن النجش^(١) .
كما روى النهى عن هذا البيع الصحابي الجليل أبو هريرة - رضى الله عنه -
- حيث قال : قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لا تناجشوا^(٢) ، كما
روى أيضاً عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم أنه نهى أن يبيع حاضر لباد،
وأن يتناجشوا.

فهذه جملة من الأحاديث يقوى بعضها البعض، كلها تحرم هذا البيع،
ولهذا نجد إجماعاً بين الفقهاء على حرمة هذا النوع من البيع، قال ابن بطال :
أجمع العلماء على أن الناجش عاص بفعله^(٣) ، وقال أبو أوفى : الناجش آكل
ربا خائن^(٤) . وهذا كله لما فى النجش من الغش والخديعة بالمشتري، والتغريب به
مما قد يلحق به الضرر، ولهذا إتفق الفقهاء على حرمة، وإن كان ابن نجيم الحنفى
يرى أنه مكروه، إلا أن الكراهة عنده لا تعنى القول بإباحته، حيث يذكر أن النجش
مكروه، والمكروه ما دون الفاسد، وليس المراد بكونه دون الفاسد فى حكم المنع
الشرعى، بل فى عدم فساد العقد، وإلا فهذه كلها حرام، لا نعلم خلافاً فى
الإثم^(٥) .

وتقرير كون بيع النجش حيلة، أن ظاهره الرغبة فى الشراء، والصدق فى
مدح السلعة، وأنها تساوى الثمن الذى قاله الناجش، وباطنه الإضرار بالمشتري
بزيادة الثمن عليه وإغرائه أن يتهافت على شراء السلعة، فرتب الشارع الحكم وهو
التحريم - المدلول عليه بالنهى فى جملة الأحاديث - على الباطن المقصود لا

(١) روى الحديث عن ابن عمر : البخارى بحاشية السندى، ج ٢، ص ١٧، فتح البارى، المرجع
السابق، سبل السلام، ج ٣، ص ١٨، نيل الأوطار، ج ٥، ص ١٦٦، السنن الكبرى للبيهقى، ج
٥، ص ٣٤٣.

(٢) روى الحديث عن أبي هريرة : البخارى بحاشية السندى، ج ٢، ص ١٦، سنن أبي داود، ج ٢،
ص ٢٤١، صحيح الترمذى ج ٦، ص ٣٨، نيل الأوطار، ج ٥، ص ١٦٥، السنن الكبرى، ج
٥، ص ٣٤٤.

(٣) نيل الأوطار، المرجع السابق، ص ٦٦٦، سبل السلام، المرجع السابق، ص ١٨.

(٤) فتح البارى، المرجع السابق، ص ٤١٦.

(٥) البحر الرائق لابن نجيم، ج ٦، ص ١٠٧.

الظاهر غير المقصود. ومن هنا كانت حيلة التفرير القولي محرمة إتفاقاً.
ومثل حيلة النجش في التحريم، ما إذا كانت السلعة تساوى مائة مثلاً،
فيأتى رجل يذكر فيها ثمناً بخساً للإضرار بالبائع، وتزهيد الناس في شرائها،
وتقليل رغبتهم فيها، فهذه أيضاً حيلة محرمة لأنها في معنى النجش لما فيها من
الخدعة والإضرار بصاحب السلعة.

ثانياً : التفرير الفعلى :

يكون التفرير الفعلى من المتعاقدين فى الشيء المبيع (المعقود عليه)، كأن
يظهره على أحسن وجه بما يختلف مع حقيقته، فيدفع ذلك المتعاقد الآخر إلى
التعاقد تحت تأثير هذا المظهر غير الصحيح الذى أسبغه صاحب السلعة على سلعته،
والأمثلة على هذا النوع من التفرير، تزخريها الكتب الفقهية، ومنها : صبغ
الثوب القديم ليظهر جديداً، ومنها حبس ماء الرحي تخيلاً لكثرتة، ومنها تسويد
شعر الجارية لإخفاء بياضه أو تجميده لأخفاء سبطته، أو تحمير وجهها لتغطية
صفرتها، فتبدو أجمل مما هى ليزيد المشتري فى ثمنها، ومنها أيضاً فى عالمنا
المعاصر، إنتقاء أفضل البضائع، وأجود أنواع السلع وعرضها فى محال العرض، فى
المكان المعد للجمهور من أجل إجتذاب أنظارهم، وإثارة الرغبة فى الشراء عندهم،
ثم لا يلبثون أن يجدوا أن السلع المباعة أقل جودة وأدنى صناعة من تلك المعروضة
فى أماكن العرض للجمهور، إلى غير ذلك من أمثلة محسوسة ومرئية.

بيد أن نقطة الإبتداء فى الأحكام التى يقررها الفقهاء المسلمون فى هذا
النوع من التفرير، هى حديث الشاة المصرة، والمصرة من التصرية، والتصرية هى
ربط إخلاف الناقة - أو غيرها من البقر أو الغنم - قليلة اللبن، وترك حلبها، زمناً
حتى يحفل اللبن فى ضرعها ويمتلئ فيظن المشتري غزارة لبنها فيغتر بضرعها،
مما يكون سبباً فى زيادة ثمنها^(١).

وفى هذا المثال نجد المحتال يتوصل إلى هدفه - الذى يرمى إليه - عن طريق
فعله الذى يقوم به، ليوهم المشتري بأن المبيع كثير اللبن، وكان قد تركه زمناً دون

(١) روضة الطالبين، ج ٣، ص ٤٦٦، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٣، ص ١١٥ الكافى
ج ٢، ص ٨٠، المغنى لابن قدامة ج ٤، ص ١٤٩، سبل الإسلام، ج ٣، ص ٢٦.

حلب، وهو في الحقيقة قليل اللبن، وهذه الحيلة لا تتمشى غالباً إلا عند من يريد الشراء من أجل اللبن فحسب، أما من يريد الشراء لغرض آخر غير اللبن كما لو أراد اللحم منها فإنه لا يفتر بضرعها ولا يزيد في ثمنها عن أثمان مثلها.

ولذلك أطبق الفقهاء على أن حيلة التصرية حرام^(١) ويقاس كل تغيير فعلي على حيلة التصرية، وهي حرام سواء قصد بها المبيع أو لم يقصد، لما فيه من الإضرار بالمشتري أو لم يقصد، لأن الحرمة ثابتة لرفع الضرر عن المشتري، فلم يختلف الحكم بالقصد وعدمه كالغيب^(٢).

ولما كانت التصرية أصل في هذا النوع من التغيير، فإن الأحاديث وردت بالنهاي عنها، بما يوجب حرمتها، وإثم فاعلها، والإثم لا يترتب إلا على إرتكاب محظور فكانت التصرية حراماً، وكان كل تغيير فعلي يلحق ضرراً بالآخرين حراماً كذلك فقد ورد النهي عن التصرية في حديث أبي هريرة - رضى الله عنه - أن النبي - ﷺ - قال: لا تصروا الإبل والغنم...^(٣) ولم يذكر الحديث البقر غير أن الحكم واحد لحديث النهي عن التصرية للحيوان إذا أريد بيعه^(٤).

وأيضاً فإن التغيير كالغش سواء بسواء والغش محرم إتفاقاً، لما روى عن أبي هريرة - رضى الله عنه - أن النبي - صلى الله عليه وسلم - مر على صبرة من طعام فأدخل يده فيها، فنالت أصابعه بللاً فقال: ما هذا يا صاحب الطعام؟ قال أصابته السماء يا رسول الله، قال: أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس من غش فليس مني^(٥).

(١) أنظر حاشية الشبراملى على نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج ٣، ص ٧٠، حيث ذكر أنه ينبغي أن يكون كبيرة لحديث «من غشنا فليس منا» رواه الشيخان.

(٢) مغنى المحتاج للخطيب الشربيني، المجلد الثاني، ص ٦٣، الكافي ج ٢، ص ٨٢.

(٣) ورد هذا الحديث في متن البخارى بحاشية السندي، ج ٢، ص ١٨، سنن أبى داود، ج ٢، ص ٢٤٢، نيل الأوطار، ج ٥، ص ٢١٤، صحيح البخارى بشرح الكرمانى، ج ١٠، ص ٣٠.

(٤) سبل السلام، ج ٣، ص ٢٦، وانظر فتح البارى، ج ٤، ص ٤٢٣، نيل الأوطار، ج ٥، ص ٢١٤، وفيهما أن عدم ذكر البقر في الحديث حيث كان الغالب على مواشيهم الإبل والغنم

والحكم واحد خلافاً للداود.

(٥) سبل السلام، ج ٣، ص ٢٩، نيل الأوطار، ج ٥، ص ٢١٢، راجع لفظه في سنن الدرامى، ج ٢، ص ٢٠٨.

فالنبي صلى الله عليه وسلم قد إعتبر هذا الرجل غاشاً لأنه أظهر أجود الطعام أمام الناس، وأخفى أردؤه، فكان إظهار ما يلفت النظر، ويشير الرغبة فى الشراء، وإخفاء غيره غشاً، والغش محرم إتفاقاً، وبهذا يعلم أن الكل متفقون على حرمة التغيرير الفعلى، غاية ما هنالك أنهم إختلفوا فى أثر ذلك، هل يصح مثل هذا البيع، أو لا يصح ؟ وهذا ما سنعرض له عند الكلام على آثار الحيل.

ولا يخفى على أحد أمر الحيلة فى تصرية الحيوان، وفى كل تغيرير فعلى، ووجه ذلك أن حبس اللبن فى ضرع الناقة أو الشاة أو البقرة مثلاً عدة أيام حتى يمتلىء باللبن، فإذا عرضها صاحبها للبيع وهى على هذه الحالة زادت فيها الرغبة للمشتري، وغالى فى ثمنها عما لو لم تكن كذلك، لظنه أن كثرة لبنها وكبر ضرعها عادة لها، وهو أمر جلى، ولا ريب أن ذلك حيلة ظاهرها أن كثرة اللبن من أصل الخلقة، وباطنها الكذب والخديعة والتعزيز بالمشتري ليغالى فى ثمنها، ومعلوم أن حبس اللبن فى الضرع أمر مباح فى ذاته ما لم يصل إلى حد الإضرار بالحيوان، ولكن لما إتخذ وسيلة إلى أكل أموال الناس بالباطل صار حراماً بهذا القصد.

وتعتبر التصرية نوع من التعريض الفعلى مثله فى ذلك مثل التعريض القولى إذا تضمن كل منهما الغش والخداع، والتدليس وأكل أموال الناس بالباطل فيصيران محرمان بإتفاق.

ثالثاً : التغيرير عن طريق الكتمان :

يكون الكتمان تغيريراً إذا كان فى موضع يقتضى البيان، كما لو كان فى المبيع عيب خفى لا يستطيع الرجل المعتاد أن يطلع عليه غالباً، وإلا فإنه يجب عليه الحرص فى البيع والشراء، وأن يتحرى سلامة المبيع من العيوب، فإن كان العيب خفياً وجب على البائع أن يبينه للمشتري ، فإن أخفاه فإنه يكون قد إرتكب غشاً يستوجب فسخ البيع، وكذا ان سكت ولم يبينه، فإن كان خفياً، فإن ذلك يعد كتماناً يعطى المشتري الحق فى فسخ المبيع، والفقهاء يسمون هذا الإخفاء أو الكتمان تدليساً، فيقولون أن البائع قد دلس العيب على المشتري.

والبائع يجب عليه أن يبين ما في المبيع من عيوب لا يطلع عليها غالباً، وفي ذلك ترددت عبارات الفقهاء، وإن هذا واجب عليه يأثم بتركه، ويعطى للمشتري الحق في فسخ البيع إذا علمه. فقد جاء في الروضة ما نصه «ومن باع شيئاً يعلم به عيباً وجب عليه بيانه للمشتري، قلت: ويجب أيضاً على غير البائع ممن علمه إعلام المشتري»^(١)، كما جاء في مغنى المحتاج أن «من علم في السلعة عيباً لم يحل له أن يبيعها حتى يبينه حذراً من الغش لخبر الشيخين» من غشنا ليس منا، بل وعلى غير البائع إذا علم بالمبيع عيباً أن يبينه للمشتري، سواء كان المشتري مسلماً أم كافراً، لأنه من باب النصيحة، وكالعيب في ذلك كل ما يكون تدليلاً»^(٢).

وهكذا نجد واجباً أخلاقياً على البائع أن يبين ما في المبيع من عيوب، هذا إذا كان عالماً بها، إذ بكتمانه العيب، رغم علمه به، يكون غشاً محرماً وتغريباً بالمشتري يستوجب فسخ البيع لصالح المشتري، بل أن هذا الواجب تعدى إلى كل من علم عيباً في المبيع أن يبينه للمشتري، لما في ذلك من إلحاق الضرر بالمشتري، والتغريب به، فلم يقتصر هذا الواجب على البائع، بل تعداه إلى كل من علمه ولو كان غير البائع.

ولهذا نجد الفقهاء يرتبون الحرمة على كتمان العيب، ويذكرون أن ذلك من الغش المحرم، وفي ذلك يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: ويحرم كتم عيب في السلعة وكذا لو أعلمه به ولم يعلمه قدر عيبه^(٣).

كما يقول ابن نجيم الحنفى: كتمان عيب السلعة حرام، فإذا باع سلعة معيبة وجب عليه البيان، وإن لم يبين فإنه يفسق ونرد شهادته، وذلك مقيد بأن يعلم به^(٤). كما ذهب ابن جزى المالكي إلى أن كتمان عيب السلعة

(١) روضة الطالبين، وعمدة المفتين للإمام النووي، ج ٣، ص ٤٥٩.

(٢) مغنى المحتاج، المجلد الثاني، ص ٦٣، قريظ منه الكافى، ج ٢، ص ٨٣، المغنى لابن قدامة، ج ٤، ص ١٥٩.

(٣) الإختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية، تحقيق محمد حامد الفقى، السنة المحمدية، ص ١٢٦.

(٤) البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لابن نجيم الحنفى، ج ٦، ص ٣٨.

غش محرم بإجماع^(١).

وإذا كان هناك إجماع من الفقهاء على وجوب بيان عيب السلعة، فإن الإجماع قائم أيضاً على أن كتم العيب يعد تغريراً بالمشتري، يجيز له طلب فسخ البيع عند الإطلاع عليه، وذلك لما روى عن عبد الله بن الحارث مرفوعاً إلى حكيم بن حزام - رضى الله عنه - قال : قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : « البيعان بالخيار حتى يتفرقا، فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما، وإن كتما وكذبا محقت بركة بيعهما »^(٢).

ولهذا كله لا يحل لإمرئ مسلم أن يبيع عبداً أو أمة أو سلعة من السلع أو أى شئ وهو يعلم فيه عيباً، قل أو كثر، حتى يبين ذلك لمبتاعه، ويقفه عليه وقفاً، يكون علمه به كعلمه، فإن لم يفعل ذلك، وكتم العيب، وغشه بذلك لم يزل في مقت الله ولعنة الملائكة، ولقد ذهب ابن رشد المالكي إلى أن من يستحل التدليس بالعيوب، والغش في البيوع وغيرهما فهو كافر حلال الدم، يستتاب فإن تاب وإلا قتل، ولذلك عقد للعيوب كتاباً في مقدماته تناول فيه أقسامها وما يمكن التدليس به منها^(٣).

وبهذا يعلم أن الفقهاء إتفقوا على أن التغرير بالكتمان أيضاً حرام مع اختلاف بينهم في أثر العيب المغرر به - على نحو ما سنعرض له في حينه، ولا يخفى على ذى لب صورة الحيلة بهذا النوع من التعزيز، فالمحتال يستطيع بكتمانه العيب في المبيع أن يظهرها على أكمل وجه، خالية من العيوب سليمة من النقائص، وهى في حقيقتها غير ذلك، وهذا ما يتضمن الغش المحرم في

(١) القوانين الفقهية لأبى القاسم محمد بن أحمد بن جزى الكلبي الفزناطى المالكي، طبعة جديدة، منقحة، ص ٢٢٨.

(٢) البخارى بشرح الكرمانى، ج ٩، ص ٢٠٣، فتح البارى، ج ٤، ص ٣٦٢، سنن الدارمى، ج ٢، ص ٢٥٠. وانظر لفظه في مستند الإمام الشافعى، دار الكتب العلمية، ص ١٣٧.

(٣) مقدمات ابن رشد المطبوع مع المدونة، ج ٣، ص ٢٩٤ وما بعدها.

الإسلام، فكان للمحتال أمر ظاهر، وغرض باطن، فكان في بيعه ظاهره السلامة وباطنه الغش والخداع.

وهكذا بعد أن سردنا أنواع الحيل تفصيلاً ذاكرين آراء الفقهاء حولها شارحين كل بأمثلة توضيحية، آخذين لكل نوع منها مثلاً يعتبر أساساً يمكن القياس عليه مما شابهه، بعد هذا كله يتضح أن :

- الخلاف بين الفقهاء في بعض أنواع الحيل خلاف لفظي لا حقيقي، إذ الكل متفقون على أن كل حيلة تهدم أصلاً شرعياً، أو تتنافى مع مقصد من مقاصد الشارع تعتبر حيلة باطلة، كما أن كل حيلة لا تهدم أصلاً شرعياً ولا تتنافى مع مقصد من مقاصد الشريعة تعتبر حيلة مباحة، وهذا ما أورده الشاطبي في موافقاته عند الكلام على أنواع الحيل حيث قسمها ثلاثاً : قسم محظور، وآخر مباح، وثالث مختلف فيه، وهو من أئمة المذهب المالكي الناعين على الحيل والمحتالين (١).

كما أشار إلى هذا التقسيم أيضاً - بشيء من التفصيل - الإمام ابن قيم الجوزية، وشيخه ابن تيمية، وهما من أئمة المذهب الحنبلي، أشد المعارضين للحيل (٢).

وبهذا يعلم أن شهرة الأحناف بالقول بالحيل لا أساس لها من الصحة، غاية الأمر أنهم توسعوا في الحيل التي تخرج الناس من الضيق إلى الفرج، بل كانت أصلاً من أصولهم على نحو ما سبق بيانه، غير أنهم لا يقرون حيلة تهدم أصلاً شرعياً، أو تتنافى مع مقصد فقهي. وهكذا نجد الخلاف بين الفقهاء لفظياً لا حقيقياً.

(١) راجع الموافقات للشاطبي، ج ٢، ص ٢٧٠ وما بعدها.

(٢) تناول ابن تيمية الحيل وأنواعها في كتابه « إقامة الدليل على أبطال التحليل » المطبوع مع كتاب الفتاوى الكبرى، الجزء الثالث، كذلك تناول ابن القيم الحيل وأقسامها في كتابه القيم « إعلام الموقعين » الجزء الثالث، وفي كتابه إغاثة اللهفان بجزئيه.

- الحيل على إختلاف أنواعها، وتباين صورها هي أقرب إلى الحرام منها إلى المباح، وقد لاحظنا ذلك عند مناقشة آراء الفقهاء فى كل نوع منها، فلم ينهض دليل يدل على إباحة الحيل، وسلم من المعارضة والمناقشة إلا ذلك النوع الذى إتفق الفقهاء فيه على إباحة أن يصل الإنسان إلى حقه، وأن يتخلص من ظلم وقع عليه بالحيلة، ومنها جاء قول الله تبارك وتعالى «من كفر بالله من بعد إيمانه إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان»^(١) حيث أن الراجح أن هذه الآية نزلت فى عمار بن ياسر على ما ذهب إليه كثير من المفسرين، عندما تأمر الكفار عليه ليقتلوه، فنطق بكلمة الكفر مكرهاً، وقلبه مطمئن بالإيمان، ليخلص نفسه من طغيان الكافرين، وقد أقره النبي - صلى الله عليه وسلم - ولم ينكر عليه، بل روى أنه - عليه الصلاة والسلام - قال له : إن عادوا فعد - على نحو ما سبق بيانه - ولهذا إتفق الفقهاء على إباحة هذا النوع من الحيل.

- أما ذلك النوع من الحيل الذى يسمونه «المخارج من المضايق» والتي هي أقرب أنواع الحيل - بعد النوع المتفق عليه - إلى الإباحة، فأرى أنه لا يصلح الآن للخروج من الشدائد بمثل هذه الحيل، حيث يكفى القول بأن الله سبحانه وتعالى قد أغنانا - بما شرعه لنا من الرخص والكفارات - عن اللجوء إلى طريق الحيلة بزعم أن فيها مخلصاً شرعياً لمن يتلى بحادثة دينية، وإذا كان هذا جائزاً فى حيلة كحيلة أيوب - عليه السلام - التى إعتمد عليها القائلون بجوار هذا النوع من الحيل. فإنها غير جائزة فى شريعتنا لما أغنانا الله به، وبالتالى فإن من يقع فى مثل ما وقع فيه أيوب - عليه السلام - يستطيع أن يكفر عن يمينه ولا يحنت وذلك دون اللجوء إلى طريق الحيلة.

وما أفتى به الإمام الأعظم - أبو حنيفة رضى الله عنه - فى هذا المجال لا يناقض أصلاً، ولا يهدم مقصداً شرعياً، ومع ذلك فإننى أرى أنه لا يصح الإفتاء به اليوم، لأن الإفتاء به يفتح الباب على مصراعيه أمام الكافة، ليأخذوا من الحيل منجى لهم مما أوقعوا أنفسهم فيه، فإن سار على ذلك البعض ممن يراعوا الله فى دينهم، ويتقوا ربهم، بأن يأخذوا من الحيلة وجهها المشرع، لم يلبث ضعاف

(١) سورة النحل (آية ١٠٦).

الإيمان أن يسيروا على منوالهم في الأخذ بالحيلة المنجية بادئ الأمر، ثم لا يلبثون أن يعبثوا بمقاصد الشريعة وأهدافها فيأخذوا من الحيلة ما يتفق وأغراضهم بغض النظر عن كونها مشروعة أو غير مشروعة، ولعل هذا هو الذى دفع المحتالين إلى القول بالحيلة والعمل بها فى إطار الإذن العام فيها، بل لا أكون مغالياً، إذا قلت أن ذلك هو الأساس فى نشر الحيلة والقول بها إلى الحد الذى أصبحت تطلق ويراد بها المعنى المذموم منها، فضلاً عن ذلك فإن الضائقة التى تلم بالناس تختلف من شخص إلى آخر، ومن واقعة إلى أخرى وبالتالي فإن الإفتاء بالحيلة هنا للخروج من المأزق يكون غير منضبط، إذ ما يكون فى نظر البعض ضائقة، قد لا يكون كذلك فى نظر البعض الآخر، فالمعيار ليس عاماً يمكن العمل بها من خلاله. يضاف إلى هذا وذاك أن من أفتى بمثل هذه الحيل هو الإمام أبو حنيفة، ومن مثل أبو حنيفة الآن فى ورعه وتقواه، فضلاً عن علمه ونفاذ بصره، وقوة بصيرته.

لهذا كله أرى أن من الأفضل عدم اللجوء إلى مثل هذه الحيل، ليتأكد لنا فى نهاية الكلام عن مدى مشروعية الحيل أنها أصبحت لا تلائم العصر، ولا تواكب التطور، وأصبحت - فعلاً - يفهم منها عند الإطلاق ذلك النوع المذموم الذى يمقتة الناس ويذمونه، ولا أدعى لنفسى السبق فى الوصول إلى هذا، فقد سبقنى الكثيرون ممن خاضوا فى مجال الحيلة وتحدثوا عنها.

إستخلاص ومقارنة :

بعد العرض السابق لبيان مدى مشروعية الحيل فى القانون المدنى والفقه الإسلامى يتضح لنا أن القانون المدنى يكاد يتفق مع الفقه الإسلامى، فيما يتعلق بهذه الجزئية، وذلك بالنسبة لكل أنواع الحيل التى تناولها الفقهاء، فيما عدا حيلة الصورية، حيث الخلاف بينهما فيها واضحاً.

كذلك يختلف القانون المدنى عن الفقه الإسلامى، وهو يتناول معنى المشروعية، وهو الأساس الذى قام عليه هذا الفصل، إذ المشروعية فى القانون المدنى تختلف عن المشروعية فى الفقه الإسلامى، ولذلك كان هناك نقاط للإتفاق وأخرى للإختلاف بينهما يمكن إيجازها فيما يلى :

أوجه الإتفاق :

أولاً : يتفق القانون المدني مع الفقه الإسلامى فى أن المشروعية تعنى عدم مخالفة النصوص القائمة، وهى نصوص القانون المدنى، وأحكام ونصوص الشريعة الإسلامية ولكل من هذه النصوص مجالها الذى تعمل فيه، وإن كان الاختلاف بينهما - فى هذه الجزئية - يرجع إلى ما يترتب على إنتهاك المشروعية فى كل من الفقهين السابقين، وهو ما يكون محله عند مقارنة الآثار المترتبة على الحيل فى القانون المدنى، والفقه الإسلامى.

ثانياً : يتفق القانون المدني مع الفقه الإسلامى فى أن كل أنواع الحيل التدليسية المراد بها إلحاق الضرر بالآخرين، هى حيل يعمل القانون على إبطالها كما يعمل الفقه الإسلامى على تحريمها، سواء كانت حيلاً إيجابية أو سلبية.

ثالثاً : يتفق الفقه القانونى مع الفقه الإسلامى فى أن الوصول إلى الحق ولو بطريق الحيل، هو أمر مشروع، بل ومطلوب، ولا تقوى النصوص القائمة على التحذير منه والقول بعدم مشروعيته.

رابعاً : القول بمشروعية الحيل الإفتراضية فى القانون المدنى، لا يتنافى مع صور الإفتراض التى أقرها الفقه الإسلامى. كتوريث الجنين، وإعتبار بقاء الذمة المالية للمتوفى حتى تسدد ديونه، وإعتبار المفقود ميتاً بعد فترة من الزمن - على خلاف بينهم فيه - إذ الفرض فى هذه الصور أنها مشروعة، لعدم إصطدامها بالنصوص الشرعية والأحكام الفقهية.

خامساً : إختلف الفقه القانونى، كما إختلف الفقه الإسلامى فى القول بمشروعية الصورية أو عدم مشروعيتها، فالفقه القانونى يرى مشروعية الصورية إذا ما كان الغرض منها مشروعاً، دون النظر إلى الوسائل المستخدمة فى ذلك كما يرى الفقه الإسلامى مشروعية اللجوء إلى الصورية إذا وجدت ضرورة تحتم اللجوء

إليها، وهذا هو وجه الشبه بين الفقهاء، حيث أن اللجوء إلى الصورية لا غضاضة فيه، إذا ما وجدت الأسباب الداعية لذلك، مع الإختلاف بينهما في كنه هذه الأسباب على نحو ما أوضحه في أوجه الإختلاف التالية.

أوجه الإختلاف :

يختلف القانون المدني عن الفقه الإسلامى فى أساس المشروعية، فالقانون المدني يرى أن المشروعية هى عدم مخالفة نصوص القانون، حتى أطلق على المشروعية بين الفقهاء «مبدأ سيادة القانون» وهذا هو نفس ما قاله فقهاء المسلمين فى أن المشروعية تعنى - وبالدرجة الأولى - عدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية. لكن الخلاف بينهما يظهر فى أن المشروعية فى الفقه الإسلامى ترسمها قواعد الحلال والحرام بحسب الأدلة الشرعية المختلفة، بخلاف المشروعية فى القانون المدني التى ترسمها قواعد النظام العام والآداب، فضلاً عن النصوص القائمة، فمثلاً التعامل فى الخمر لا يجوز شرعاً، بينما هو جائز فى ظل القانون المدني المصرى.

هذا من جهة.

ومن جهة أخرى نجد أن القانون المدني إعتد بالصورية، ورتب عليها أحكامها إذا ما كان الغرض منها مشروعاً، دون النظر إلى الوسائل المستخدمة للوصول إلى هذا الغرض، فى حين نجد الفقه الإسلامى ينظر دائماً إلى الوسيلة والغاية، ومن ثم تكون الصورية فى الفقه الإسلامى غير مشروعة، ولو كان الهدف منها مشروعاً، إذا ما كانت الوسيلة المستخدمة غير مشروعة، ومعلوم أن الوسائل التى قال بها، فقهاء القانون المدني كلها وسائل مشكوك فى مشروعيتها ومن ثم أضحت الصورية برمتها غير مشروعة - من وجهة نظرى على الأقل.

أما الحيل التى لجأ إليها فقهاء الأخناف وأكثروا منها بحجة أنها تخلص من الشدائد لدرجة أنهم أطلقوا عليها «المخارج من المضايق» فهذه حيل تقابل فى

الفقه القانونى الإجتهادات والتفسيرات التى يقول بها الفقهاء والمفسرون، ومعلوم أنها أصبحت لا ترقى إلى مرتبة الحيل المشروعة، إذ الراجع - كما ذكرت - أن حيل الأحناف أضحت لا مكان لها بعد التطور الكبير للفقه الإسلامى، واستخلاص الحلول الشرعية من النصوص الشرعية، وما تؤدى إليه هذه النصوص من أحكام عامة، يندرج تحتها كثير من الجزئيات، فإذا كان إجتهد الفقهاء والمفسرين سائغاً بالنسبة للقانون المدنى، باعتبار أن النتائج التى يصلون إليها محدودة على الدوام، فإن ذلك لم يعد مقبولاً بالنسبة للفقه الإسلامى، ولهذا يقول الصديق أبو بكر رضى الله عنه «أى أرض تقلنى، وأى سماء تظلمنى إن قلت فى كتاب الله برأى».

الباب الثالث آثار الحيل في القانون المدني والفقه الاسلامي

تمهيد وتقسيم:

تعتبر الحيلة واقعة مكتملة الاركان، فهي تبدأ أولاً كفكرة تختصر في ذهن المحتال، ثم تتحول - بعد ذلك - إلى سلوك يقوم به المحتال بهدف الوصول إلى هدف يريده وغاية يغني تحقيقها، وهذا الهدف المنشود انما يصل اليه المحتال باستخدام أقرب الطرق المعهودة، التي من الممكن الوصول بمثلها إلى هذا الهدف، زيادة في خفاء حيلته، وتضليل الكافة بمضمون عمله. فاذا وصل المحتال - بسلوكه هذا - إلى هدفه، وحقق مأربه، كنا أمام واقعة متكاملة الاركان لا بد وأن يترتب عليها آثارها، فكل تصرف له آثاره، كما أن كل عمل يقوم به الانسان - محتالاً كان أو غير محتال - يترتب مجموعة من الآثار.

يبد أن هذه الآثار التي تترتب على الحيلة تختلف في الفقه الاسلامي عنها في القانون المدني، وإن كانت تتفق في بعض الوجوه، فبين الفقه الاسلامي والقانون المدني عموم وخصوص وجهي من ناحية ترتيب الآثار على الحيلة، ويرجع مراد ذلك إلى الزاوية التي ينظر منها كل من فقهاء المسلمين للحيلة وفقهاء القانون المدني لها، وهي تبدو بوضوح في مدى الحكم عليها - كما سبق بيانه في الباب السابق - لذلك كان لزاماً علينا أن نفرّد للقانون المدني فصلاً، وللфقه الاسلامي فصلاً آخر، ثم أتبعهما بذكر أوجه الاتفاق والاختلاف بين آثار الحيلة في الفقه الاسلامي وآثارها في القانون المدني.

وهكذا نجد أن للحيلة آثارها في الفقه الاسلامي التي قد تتفق وقد تختلف مع آثارها في القانون المدني، ولهذا فسوف أتناول هذا الباب في فصلين هما:

الفصل الأول: آثار الحيل في القانون المدني.

الفصل الثاني: آثار الحيل في الفقه الاسلامي.

- استخلاص ومقارنة.

الفصل الأول

آثار الحيل في القانون المدني

تعتبر الحيلة في القانون المدني من الاعمال القائمة بذاتها والتي تنتج آثارها. فهي لذلك عمل له مقدماته التي تترتب عليه نتائج. ونتائج الحيل هي الآثار التي يربتها القانون عليها. ومن ثم فإن البحث عن الحيل في القانون المدني يقتضي ذكر الآثار التي يربتها هذا القانون عليها.

ويمكن القول بأن الحيلة تختلف باختلاف القائم بها، وباختلاف الغاية التي ترمى إليها. ذلك أنه أما أن يقوم بها المشرع الوضعي نفسه أو الفقهاء أو القضاة، وذلك هي الحيل القانونية. وأما أن يقوم بها الأفراد وهذه الأخيرة أما أن تكون في التصرف القانوني من طرف ضد مصلحة طرف آخر فهذه الحيل التدليسية، وأما أن تكون من الطرفين معا لهدف يغيانه ويريدان الوصول إليه، فهذه هي الحيل بطريق الصورية.

ومعلوم أن الغاية في هذه الأنواع الرئيسية الثلاث تختلف وتتنوع، فبينما يقصد بالحيل القانونية العمل على مد سلطان القانون على سائر التصرفات القائم منها والمستحدث، نجد أن الغاية من الحيل التدليسية إيهام الطرف الآخر في التصرف بغير الحقيقة، مما يجعله عرضة للوقوع في خطأ يستوجب بطلان التصرف إذا تمسك به، وأخيرا نجد الغاية في الصورية هي إخفاء تصرف ما بمعرفة طرفيه واتفاقهما على هذا الإخفاء مع اظهار تصرف آخر لا يقصدانه ولا يريدان آثاره، وذلك لهدف يعملان على الوصول إليه بكل ممكن.

وإذا كنا قد تحدثنا عن مدى مشروعية الحيل وفقا لهذه المعايير - الوسيلة والغاية - فانه ينبغي علينا لقاء الضوء على الآثار التي ترتبها هذه الحيل.

وغنى عن البيان أنها تختلف باختلاف نوع الحيلة والقول بمشروعيتها من عدمه ولذلك فسوف أفصل القول في هذا الفصل في ثلاثة مباحث متتالية وذلك على النحو التالي.

المبحث الأول

آثار الحيل القانونية

تمهيد وتقسيم:

علمنا أن هذا النوع من الحيل يقوم به المشرع الوضعي أو الفقهاء، أو القضاة قديما وحديثا، وعلمنا كذلك أن الهدف منه هو تطوير القانون باعتبار - هذا النوع - من اساليب الصياغة المعنوية التي يعالج بها المشرع ما يستجد من أحداث لم يوجد في النصوص القائمة ما ينطبق عليها.

ولذلك فإن بحث آثار هذا النوع من الحيل ماهو الا تقرير لحكمه وترتيب لنتائجه، خاصة وقد علمنا ان هذا النوع من الحيل قائم على المشروعية قديما وحديثا، ومن ثم تترتب عليه أحكامه، وينتج لذلك آثاره.

فمثلا اعتبار المتقاسم في الشيوع مالكا للحصة التي آلت اليه منذ أن تملك في الشيوع، وأنه لم يملك غيرها يوما من الايام، بالرغم من المخالفة المطلقة للحقيقة التاريخية - انما يرتب هذا الافتراض اثارا هاما ، لعل ابرزها اعتبار المتقاسم الذي تصرف في جزء خارج عما آل اليه بعد القسمة من الغير، ومن ثم فان تصرفه هذا يكون صحيحا متوقفا على اجازة صاحبه - الذي آل اليه الجزء المفرز بعد القسمة - وذلك حتى لا يضار شريك بتصرف شريكه في جزء آل اليه بالقسمة، مع تطبيق أحكام التصرف في ملك الغير التي نظمها القانون بنصوص خاصة^(١).

ولكن الذي يعنينا في هذا المقام هو مدى حاجتنا إلى تقرير هذا النوع من الحيل، وبعبارة أخرى، هل نحن في حاجة إلى الاخذ بهذا النوع من الحيل في عالمنا المعاصر أم لا؟.

(١) راجع: بيع ملك الغير باعتباره القاعدة العامة لهذا النوع من التصرفات مالم يوجد نص خاص، وذلك في المواد ٤٦٦، ٤٦٧، ٤٦٨ في التقنين المدني المصري.

وللاجابة عن هذا التساؤل يمكن القول بأن مناقشة أبرز أمثلة الحيل القانونية في القانون المصري، وهى الاثر الرجعى للقسمة، ومحاولة ايجاد حلول بديلة هى التى تودى بنا إلى القول بأن هذا النوع من الحيل، نحن فى حاجة اليه أم لا؟ وتأتبع ذلك بموقف الفقه من هذا النوع من الحيل بوجه عام. وهل هناك ضرورة لبقائه، أم أن التطور القانونى يوجب الاستغناء عنه، وذلك على النحو التالى:

الأثر الرجعى للقسمة

تعد فكرة الاثر الرجعى عموما من أكثر الافكار القانونية انتشارا، وهى تعنى أن تصرفا من التصرفات أو واقعة من الوقائع، قد حدثت فى وقت سابق على الوقت الحقيقى الذى وقعت فيه، وذلك بالمخالفة الصارخة للحقائق التاريخية، ويتم ذلك عن طريق الحيلة القانونية، تحقيقا لمبادئ قانونية هادفة.

وقد تناول القانون المصرى جملة من التطبيقات لهذه الفكرة، غير أن أبرزها هى فكرة الأثر الرجعى للقسمة^(١).

(١) تناول القانون المدنى المصرى كثيرا من تطبيقات الأثر الرجعى، حيث قرر فى المادة ١/١٤٢ الأثر الرجعى للبطلان، كما نص فى المادة ١٦٠ على الأثر الرجعى للفسخ، وأيضاً قرر فى المادة ٢٧٠ الأثر الرجعى للشرط الواقف والفاسخ إلا أنها جميعاً ليست محل اتفاق بين الفقهاء على قيام الأثر الرجعى على أساس الحيلة القانونية، فالرأى الراجح أن العقد الباطل بطلانا مطلقا هو عقد عدم لا ينتج شيئا، بل إن هذا العقد لم يوجد صحيحا فى أى لحظة من اللحظات، ومن ثم فإن رد المتعاقدان إلى الحالة التى كانوا عليها قبل التعاقد، يتفق مع الحقيقة القائلة بأن العقد الباطل لا وجود له، وبالتالي فلا محل للقول بالحيلة، ويمكن أعمال ذلك بالنسبة للعقد الباطل بطلان نسبيا، لأنه وإن كل قد وجد فعلا لحظة إبرامه، إلا أنه اقترن بعيب من العيوب بحيث يمكن القول بأنه لم يوجد صحيحا أيضا من الناحية التاريخية، وبالتالي فإن تقرير الأثر الرجعى للبطلان قائم على الحقيقة لا الافتراض (د. عبد الناصر العطار، نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص ٢٥٥، بند ١٢٤، د. سليمان مرقس، شرح القانون المدنى، العقود المسماة، عقد البيع، ١٩٨٠، نادى القضاة، ص ٢٠٩ راجع استئناف مصر ١٩٣٣/٧/١٣، المحاماة - السنة ١٤، ص ٢٤١، رقم ١٣٠، مصر الابتدائية ١٩٢٧/٢/٤، المجموعة الرسمية السنة ٢٩، رقم ٧٠، ص ٥٥. وانظر د. ابو زيد مصطفى، المرجع السابق، ص ١٠٨، فقرة ٦٠ حيث عرض سيادته للرأى الآخر القائل بأن هذا الأثر ينطوى على حيلة قانونية) أما إذا قرر المشرع بقاء بعض آثار العقد الباطل، وخارجا على الأثر الرجعى للبطلان، فإن فكرة الاثر الرجعى فى هذه الحالة فقط تكون قائمة على الحيلة لمخالفتها للحقيقة التى تقضى بزوال أى أثر لعقد الباطل، ولا يكون ذلك إلا فى حالات محددة

فالقانون المصرى يقضى فى المادة ٨٤٣ منه بأنه «يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت اليه منذ أن تملك فى الشيوع وانه لم يملك غيرها فى بقية الحصص». وواضح ان هذا النص يقرر ان للقسمة أثرا رجعيا، حيث يعتبر المتقاسم مالكا للجزء المفرز الذى آل اليه، لامن تاريخ وقوع القسمة فحسب. بل منذ بدء حالة الشيوع. وتعتبر القسمة فى هذه الحالة لاتعنى سوى الكشف عن حق المتقاسم فى الملكية الشائعة، فهى ذات أثر كاشف، حيث لم تنشئ للمتقاسم حقا جديدا.

وقد أجمع الفقه على ان هذا النص يتضمن افتراضا قانونيا قصد اليه المشرع، وذلك لحماية المتقاسم مما يكون قد رتبته غيره من الشركاء - أثناء حالة الشيوع - من تصرفات على هذا الجزء المفرز الذى آل اليه، لتحقيقا لمبدأ المساواة الذى ينبغى ان يسود بين المتقاسمين سواء كان هذا الافتراض للأثر الرجعى وحده أو للأثر الرجعى والكاشف معا، فاجماع الفقهاء على ان الاثر الرجعى للقسمة قائم على الحيلة القانونية لاختلاف فيه، وانما وقع الخلاف فى الاثر الكاشف وهل هو قائم على الافتراض أم الحقيقة؟ (١).

= ولاهداف خاصة - كما هو الحال فى ابقاء بعض الآثار التى تترتب على الزواج الباطل، الموسوعة الشاملة للمبادئ القانونية، فى مصر والدول العربية، للمحامى، محمد عبد الحليم عتير، دار الشعب، ج ١١، ص ٢٦، فقرة ٥٠. وذلك مراعاة لمصلحة الاولاد وحسن نية الزوجين أو أحدهما، ولذلك فان البعض يطلق عليه اسم «الزواج الظنى» (دكتور فريج، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين، ط ٣، ١٩٦٩، فقرة ١٣٦، ص ٦٦٤، حيث يرى سيادته ان تصحيح الزواج من الأصل يتم عن طريق الحيلة القانونية). وينطبق ذلك على الأثر الرجعى للمفسخ، لانه وان وجد صحيحا الا أنه لم ينفذ فى أى وقت من طرفيه أما الأثر الرجعى للشرط الواقف والقاسخ، فانه يقوم أساسا على الارادة محتملة، للمتعاقدين، فهذا الآثار تفسير لهذه الارادة، ومع ذلك ينبغى التمييز بين الوسيطة الفنية التى يلجأ اليها المشرع - وهى هنا الحيلة القانونية - وبين تبرير الغاية منها ... (راجع فى تفصيل ذلك: د. أبوزيد مصطفى، المرجع السابق، ص ٩٨، هامش ١٨٢، المراجع التى أشار سيادته اليها).

(١) انظر فى خلاف الفقهاء. د. أبوزيد مصطفى، المرجع السابق، فقرة ٥٦، ٥٧، ص ١٠٠ وما بعدها، د. اسماعيل غانم، الحقوق العينية الاصلية، ج ١، حق الملكية ط ٢، ١٩٦١ مكتبة عبد الله وهبة، فقرة ١٣٠، ص ٢٩٤.

وإذا كان الأثر الرجعي للقسمة قائما على الحيلة - دون خلاف بين الفقهاء - فإن السؤال الذي يطرح نفسه هو: هل يمكن الاستغناء عن هذه الحيلة أم لا؟.

يمكن القول بداية بأن السبب في صياغة النص القانوني - الذي معنا - واعتماده أساسا على الحيلة القانونية، إنما هو حماية الشريك المتقاسم من التصرفات التي يجريها بقية الشركاء ومن ثم فإن تحقيق هذا الهدف بأي طريق يغني عن اللجوء إلى الحيلة، باعتبارها من أشد وسائل الصياغة تطرفا، لما فيها من مخالفة الحقيقة مخالفة مطلقة^(١).

ولقد حاول بعض الفقهاء تحقيق الحماية المطلوبة للشريك المتقاسم مستندا إلى أساس آخر غير الحيلة، فذهب إلى أن للقسمة أثرا ناقلا، بمعنى أنها تنقل إلى الشريك المتقاسم - عن طريق المقايضة - ما كان مملوكا لشريكه شائعا قبل القسمة في هذا الجزء في مقابل نقل نصيبه المملوك له في الجزء الآخر الذي اختص به هذا الشريك. هذا الأثر الناقل هو ما كان عليه الحال في القانون الروماني. ومتى تم التسليم بوجوده، أمكن الاستغناء عن فكرة الأثر الكاشف المستند إلى الحيلة - على خلاف بين الفقهاء - وكذا أمكن الاستغناء عن فكرة الأثر الرجعي القائمة على الحيلة دون خلاف بين الفقهاء^(٢).

غير أن فكرة الأثر الناقل - هذه - فكرة قديمة، وجدت أساسا في القانون الروماني، وهي فكرة لا يسلم بها الفقه الحديث على الإطلاق، إذ التقدم القانوني قد اكتشف أن للقسمة أثرا مزدوجا، فهي ذات أثر كاشف وناقل في نفس الوقت^(٣)، كل ما هنالك أن القانون الروماني كان يغلب الأثر الناقل على الأثر الكاشف، في حين دعت الضرورات العملية إلى تغليب الأثر الكاشف على الأثر

(١) د. سمير تناغور، المرجع السابق، ص ٤٠١.

(٢) انظر في عرض هذا الرأي تفصيلا: مقال الدكتور منصور مصطفى منصور وتحليل أثر قسمة الأموال لاشاعة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ١٩٦٤، العدد الأول السنة السادسة، ص ١٣٨ وما بعدها، وقد عرض سيادته فيها لفكرة الأثر الناقل ودافع عنها وطالب بالأخذ بها.

(٣) انظر في الأثر الكاشف والناقل للملكية: المثال الذي ذكره الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٣، فقرة ٥٧٣.

الناقل في القانون الحديث، ومن ثم فإن القول بالأثر الناقل وحده لم يسلم من الانتقادات.

وقد ذهب البعض الآخر إلى رفض فكرة الأثر الرجعي للقسمة من أساسها، مما يمكن الاستغناء عنها، وإحلال فكرة الأثر الكاشف للقسمة بمفهومه الحديث، الذي لم يعد يقتصر على مجرد الكشف عما كان من حق - قبل القسمة - للشريك المتقاسم، وإنما أصبح يعنى الكشف عن هذا الحق مطهرا من كل حق أو عبء قرره عليه الشريك الآخر، بحيث تنتقل الحصة للشريك مجردة من أية حقوق^(١)، ويرى هذا الجانب من الفقه أننا مادامنا قد سلمنا بالأثر الكاشف للقسمة بمفهومه الحديث، فإننا بذلك نكون قد حققنا الحماية للشريك المتقاسم من أية تصرفات يجريها شريكه في الحصة التي آلت إليه، وبالتالي يمكن الاستغناء عن فكرة الأثر الرجعي للقسمة والتي تنطوي بدورها على مخالفة الحقيقة، ولهذا طالب بعضهم بإلغاء نص المادة ٨٤٣ من القانون المصري^(٢)، أو تعديلها^(٣).

غير أن هذا الرأي بدوره غير سديد، نظرا لما للقسمة من ازدواجية من حيث الأثر، كما تفتق عنه الذهن القانوني الحديث، فضلا عن أن فكرة الأثر الكاشف بمفهومها الحديث كحقيقة لا افتراض فيها لم تستقر بعد في الفقه^(٤).

(١) د. اسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، ج ١، ١٩٦١، فقرة ١١٣، ص ٢٦١، وما بعدها، د. حسن كبيرة، الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الثانية ١٩٦٥، منشأة المعارف، بالاسكندرية، ص ٥٠٥ وما بعدها.

- د. شمس الدين الركيل، نظرية التأمينات في القانون المدني الجديد، الطبعة الثانية، ١٩٥٩، فقرة ٤٥ مكرر، ص ١٠٠ وما بعدها.

(٢) د. اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٣٣، ص ٣٠٩.

(٣) د. حسن كبيرة، المرجع السابق، ص ٥٤٩، هامش (١) حيث يقترح سيادته وجود النص الذي يلغى الترادف المزعوم بين الأثر الكاشف والأثر الرجعي، وجعل الأثر الكاشف هو المعمول عليه خاصة بمفهومه الحديث بماله من أثر تطهيري، قارن في ذلك د. أحمد سلامة، التأمينات المدنية، ١٩٦٨ فقرة ٩٩، ص ١٥٩، حيث يرى سيادته أن الأثر الكاشف للقسمة قد يحقق الحماية المطلوبة للشريك المتقاسم إلا أنه لا يرفض فكرة الأثر الرجعي، وإنما يقرها في حدود الضرورة التي دعت إليها.

(٤) د. السنهوري، المرجع السابق، ص ٩٥٨.

وأمام هذه الانتقادات التي وجهت إلى كل من الأثر الناقل للقسمة، والأثر الكاشف لها، لم نجد بدا من اللجوء إلى الأثر الرجعي بالرغم من قيامه أساساً على الحيلة التي تخالف الواقع دائماً، وذلك حتى تنضبط القواعد القانونية وتؤدي أهدافها المرجوة منه، وهو هنا حماية الشريك المتقاسم من تصرفات شريكه.

ولعل فعل المشرع نفسه هو الدليل القاطع على ضرورة الأخذ بالأثر الرجعي للقسمة حيث أراد المشرع وضع حماية خاصة للشريك المتقاسم عن طريق الحلول العيني وهو ما قرره بالمادة ٢/٨٢٦ حيث تنص هذه الفقرة على أنه «إذا كان المتصرف منصّباً على جزء مفرز من المال الشائع، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة من نصيب المتصرف، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة، وللمتصرف إليه، إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة، الحق في إبطال التصرف».

فهذا النص أراد به المشرع وضع الحماية اللازمة للشريك المتقاسم، إلا أنه بالنظر الدقيق يمكن القول بأنه قاصر عن تحقيق هذه الحماية، ويتبين ذلك بوضوح من تقسيم الفاعل النص إلى ثلاثة أقسام: الأول: يتحدث النص فيه عن التصرف في جزء مفرز من المال الشائع، وهذا ليس من طبيعة الشيوع، إذ الإفراز يتم بالقسمة، وبالتالي إذا صح هذا الفرض في مال مفرز بطبيعته مملوك على الشيوع، فإنه لا يصح في المال المملوك على الشيوع، إذا كان غير مفرز.

الثاني: هذا النص حتى في تقريره للحلول العيني - كحماية للشريك المتقاسم - يعتد بالأثر الرجعي، وذلك واضح من نص على أن انتقال حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف إنما يكون من وقت التصرف لامن وقت القسمة.

الثالث: أن هذا النص يعود ويقرر أن المتصرف إليه يجوز له أن يطلب إبطال التصرف، إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة، وهو غالباً ما يجهل ذلك باعتبار أن المتصرف قد تصرف أثناء ملكيته على الشيوع، وبالتالي يقرر هذا النص في آخره نفس المبدأ المتبع عند أعمال الأثر الرجعي للقسمة، فإذا آل إلى شريك جزء مفرز تصرف فيه شريكه - قبل القسمة - عد

هذا التصرف، تصرفا فيما لا يملك، تتوقف على اجازة المالك الحقيقي الذى كشفت عنه القسمة، وهو نفس الحكم المقرر فى نص المادة ٢/٨٢٦^(١).

والواقع انه اذا كان المشرع أراد بذلك وضع حماية للشريك المتقاسم، الا أنه لم يبلغ كلية الأثر الرجعى للقسمة، ولذا عاد ونص عليه صراحة فى المادة ٨٤٣، مما يؤكد بقاء الأثر الرجعى للقسمة، وأن الضرورة وحدها هى التى ألجأت الالحذ به وعدم الاستغناء عنه.

ومع ذلك فان الالحذ بهذه الحيلة مرهون بتقديم الفكر القانونى - وابداء حلول ايجابية لتحل محل الحيلة القانونية، فبقاؤها مؤقت وقاصر على الهدف منها بحيث يتم تفسيره فى أضيق الحدود، نظرا لانها أشد وسائل الصياغة تطرفا، ولذلك فكلما تقدم علم القانون، كلما أمكن الاستغناء عن هذه الطريقة فى الصياغة^(٢).

من هذا العرض لا يبرز أنواع الحيل القانونية فى القانون المصرى اتضح أن الفقه مازال يعتمد اساسا على الحيلة لتبرير بعض الغايات التى يهدف اليها المشرع، وانه لا توجد الافكار التى تقوم على الحقيقة او جزء منها لتبرير هذه الغايات، وهو السبب فى اللجوء إلى الحيلة القانونية، بالرغم من أنها من أشد وسائل الصياغة تطرفا، ولاندعو الحاجة اليه الا بسبب عجز الفكر القانونى عن خلق تصورات فكرية تنسجم مع الواقع ولا تخالفه.

ولعل هذا هو الوسط بين القائلين بضرورة التخلص من الحيل القانونية، والاستغناء عنها بأفكار تقوم على الحقيقة والواقع، وبين القائلين بضرورة الإبقاء عليها، والتمسك بها كوسيلة لاغنى عنها من وسائل تطور القانون، بمعنى انها تبقى دائما، وأرى أن هذا رأى الوسط هو الراجح، وأن اللجوء إلى الحيلة انما يكون فى حالة الضرورة فقط، لانه كلما أمكن بناء

(١) نص المادة ٢/٨٢٦ يقرر حلول عتيا، فى حين يقرر نص المادة ٨٤٣ حلولا شخصيا، ولا شك ان الحلول الشخصى ايسر واقرب من الحلول العتيا الذى قد لا ييسر فى بعض الحالات.

(٢) د. مصطفى الجمال وعبد الحميد الجمال، النظرية العامة للقانون، المرجع السابق، ص ٧١، د. سمير تناغو، المرجع السابق، ص ٤٠١.

القواعد القانونية على الحقيقة، فإنه سيكون أفضل من الالتجاء إلى الحيلة^(١).

المبحث الثانى

آثار الحيل التدليسية

يترتب على القول بوجود حيل تدليسية عدة آثار، اذ يجوز للمدلس عليه أن يطلب ابطال العقد، وذلك لوقوعه فى غلط من جراء الحيل التدليسية التى بوشرت فى مواجهته، كما يجوز له من ناحية اخرى ان يطلب تعويضا عما اصابه من ضرر ان كان له مقتضى.

هذا ويشترط القانون لترتيب هذه الآثار جملة من الشروط ، بالاضافة إلى وجود حيل تدليسية من أحد المتعاقدين أو من الغير، هذه الشروط نص عليها القانون المصرى فى المادتين ١٢٥، ١٢٦ من القانون المدنى الجديد، فى حين نص القانون الفرنسى عليها فى المادة ١١١٦ من القانون الفرنسى.

غير أن هذه الآثار لم يكن لها وجود فى ظل القانون الرومانى، ولهذا اختلفت هذه الآثار فى القوانين الحديثة عنها فى القانون الرومانى، مما يستلزم ضرورة افراد كل منهما بالبحث، لمعرفة الآثار المترتبة على الحيل التدليسية قديما، وحديثا ، ولهذا فسوف أتناول التدليس فى القانون الرومانى، ثم أتبعه بالحديث عنه فى القانون المدنى المصرى الجديد، وذلك فى مطلبين متتاليين على النحو التالى:

المطلب الأول

التدليس فى القانون الرومانى

اجتهد فقهاء القرن الاول قبل الميلاد فى وضع تعريف محدد للتدليس، ولكن يبدو أنهم فشلوا فى ذلك، فلم يتحدد التدليس بتعريف واضح الا مع بداية العصر الامبراطورى حيث استقر تعريف التدليس على يد الفقيه «لايبيو» الذى عرفه بقوله «التدليس هو كل خداع او نمويه او احتيال بقصد التعمية على انسان لتضليله والعبث بحريه اختياره^(٢)».

(١) راجع فى تفصيل هذه الآراء: د. أبوزيد مصطفى، المرجع السابق، ص ١١١ - ١١٧.

(٢) هذه الترجمة العربية منقولة عن عبد العزيز فهمى، قواعد وآثار فقهية رومانية ١٩٤٧، القاهرة، ص

ولهذا كان التدليس لدى فقهاء الرومان مرادفا للغش سواء بوشرت الحيل
التدليسية أثناء إبرام التصرف القانوني، أم بعده وأثناء تنفيذه، وهى التفرقة التى
يعرفها القانون الحديث بين التدليس والغش.

هذا التدليس الذى عرفه الرومان لم يكن له أى أثر يذكر على التصرف،
وذلك فى بداية العصر الرومانى، كل ما هناك انه اذا وقع أحد المتعاقدين فى غلط
نتيجة التدليس، كانه ان يطلب ابطال العقد للغلط لا للتدليس، بل ليس له هذا
الحق الا اذا وصل الغلط إلى درجة اعدام للرضا، لان القانون الرومانى كان
لا يعتد بالغلط الا اذا وصل لدرجة اعدام الرضا، ومن ثم يظل الغلط عديم الأثر
فى الحالات التى يعيب فيها الارادة. دون أن يقضى عليها، ولذلك لم يعتبر الغلط
عيبا من عيوب الارادة، وبالتالى كان التدليس لا أثر له على العقد، إلا اذا أدى
إلى الوقوع فى غلط معدم للرضا، وحيث يطل العقد لاسبب التدليس، ولكن
بسبب الغلط المعدم للرضا، وفى هذه الحالة يكون العقد باطلا، وليس فقط قابلا
للابطال^(١).

ومع تطور القانون الرومانى^(٢)، بحكم تطور الحياة فى روما، اصبح التدليس
عيبا من عيوب الارادة، بحث يجوز قانونا للمدلس عليه أن يطلب ابطال العقد
للتدليس، وكان ذلك فى بداية عهد جستينيان.

ويرى شراح القانون الرومانى ان التدليس لم يكن معاقبا عليه فى عهد
القانون الرومانى القديم، ولم يكن عيبا من عيوب الارادة لعدة أسباب هى:

١- أن الحيل والخداع التى كانت تصدر من أحد المتعاقدين، لم تكن تعتبر
عمل غير مشروع، بقدر ما هى عمل من أعمال المهارة والدهاء، ولذلك لم يكن
ضمير الجماعة يتأذى من اللجوء إلى الطرق الاحتيالية أثناء التعاقد أو بعده، ولم
تصبح مثل هذه الحيل عمل غير مشروع الا بعد ان تهذبت النفوس، وارتفعت
الضمائر، خاصة فى عهد جستينيان، حيث تغيرت نظرة الرومان إلى وسائل

(١) د. عهد السلام ذهنى، مذكرات فى القانون الرومانى، ط ٢٢ - ١٩٢٣، ص ٤٣ وما بعده، د.
صوفى ابو طالب، المرجع السابق، ص ٤٣٩ وما بعدها.

(٢) د. صوفى ابو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، المرجع السابق، ص ٤٣٨، هامش (٢).

الخداع، فلم يعودوا ينظروا اليها باعتبارها نوع من المهارة والدهاء، بل أصبحت في نظرهم منافية للأخلاق الفاضلة ولا يصح أن تصدر عن الشرفاء.

٢- أن المتعاقد الذي يقع في حبال الطرف الآخر لا يلوم من الانفسه، لانه كان يستطيع ان يدقق ويتحرى، ويستعين برأى الغير، بل ويضمن العقد ماشاء من الشروط، وخاصة ان المعاملات كانت نادرة، وكان معظمها يعتمد على الشكلية.

٣- أن القانون المدني الروماني القديم كان لا يعرف مبدأ «سلطان الإرادة» بل لم يتقرر هذا المبدأ إلا على يد البريتور، حينما استحدث قاعدة «أن العهد كان مسئولاً»^(١). يضاف إلى ذلك عدم معرفة هذا القانون بفكرة العقد القابل للإبطال، والتدليس يعيب الرضا، ولا يعدمه، ومن ثم العقد صحيحاً بالرغم من التدليس.

وعلى الرغم من التطور الذي أصاب القانون الروماني - والذي كان من نتيجته الاعتراف بالتدليس كعيب من عيوب الرضا، إلا أنه اشترط - لاعتبار التدليس كذلك - عدة شروط^(٢) يمكن تلخيصها فيما يلي:

أولاً - استعمال طرق احتيالية بقصد تحقيق غرض غير مشروع:

فيتشترط للتدليس حتى يرب آثاره، أن يكون نتيجة سلوك المدلس للطرق الاحتيالية التي تؤدي إلى قيام وهم في ذهن الطرف الآخر، مما يوقعه في غلط، بحيث يرى الأمور على غير حقيقتها، وأن تكون لدى المدلس نية التضليل بقصد الوصول إلى تحقيق غرض غير مشروع.

وفي هذا الصدد يفرق الرومان بين نوعين من التدليس:

الأول: التدليس المباح: Dolus Bonus

وهو التدليس الذي لا عقاب عليه، ويعتبر التدليس مباحاً إذا كانت الحيل المستعملة تدخل في عداد المهارة أو الكذب المألوف بين الناس، ولم يقصد به تضليل الطرف الآخر وإيقاعه في غلط، ومثل هذه الحيل تعتبر مباحة لأن كل من

(١) راجع في هذه القاعدة بالتفصيل: د. صوفي أبو طالب، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني، المرجع السابق، ص ٢٧ وما بعدها.

(٢) نظر في هذه الشروط: د. صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، المرجع السابق، ص ٤٤٢ - ٤٤٦.

المتعاقدين يعلم أن زميله سيلجأ إليها، فعليه أن يأخذ حذره قبل أن يبرم التصرف القانوني، بل إن التدليس يعتبر مباحا كذلك ولو كانت الحيل والخداع مقصودا بها التضليل، إذا استعملت ضد الأعداء، أو كان الهدف منها استرداد شيء منسروق من سارقه، ولذلك تقرر النصوص الرومانية صراحة «إنما يحمى الخداع للإيقاع بعدو الوطن أو بلص» (الموسوعة: ٤، ٣، ٣١).

الثاني: التدليس غير المباح: Dolus Malus

وهو التدليس الذي يعاقب عليه البريتور، ويعتبر التدليس غير مباح إذا لجأ الشخص إلى طرق احتيالية غير مألوفة بين الناس الشرفاء، وذلك بقصد التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع.

على أن التفرقة بين التدليس المباح والتدليس غير المباح مسألة موضوعية متروكة أمرها للقاضي، الذي يقرر تبعا لآخلاق المجتمع وعاداته وظروف المتعاقدين^(١).

ثانيا: أن يكون التدليس صادرا من المتعاقد الآخر:

يشترط كذلك حتى ينتج التدليس أثره أن تكون الطرق الاحتيالية صادرة من الطرف الآخر في العقد، وهذا الشرط مقرر في القانون الروماني في العصر العلمي وفي عصر جستنيان على سواء، ولا يهم ما إذا كان المتعاقد الذي صدر منه التدليس يجرى العقد لمصلحته هو أم لمصلحة شخص آخر، باعتباره نائباً عنه (الموسوعة: ٤، ٣، ٣٩) وفي هذه الحالة يجوز استعمال الوسائل المقررة للعقاب على التدليس ضد الأصل لا النائب عنه.

أما إذا صدر التدليس من شخص أجنبي عن العقد، فإن العقد يظل صحيحا، ولا أثر للتدليس عليه، حيث لا يجوز للمدلس عليه استعمال الدفع بالتدليس ضد المتعاقد الآخر، لأنه لم يصدر عنه تدليس، كما لا يجوز له رفع دعوى بطلان العقد ضد المدلس، لأنه لم يكن طرفا في العقد. ويرتب على ذلك أنه لا يجوز للمدلس عليه - والحال كذلك - إلا أن يرفع دعوى التدليس ضد الشخص الأجنبي عن العقد، ليحصل منه على تعويض عما أصابه من ضرر، ولذلك توصف دعوى التدليس بأنها دعوى شخصية In Personam.

(١) د. فادية أبو شهبة، المرجع السابق، ص ١٤٩.

ثالثا: أن يكون التدليس دافعا إلى التعاقد أو قبول شروط أبهظ.

ومن هنا عرف الرومان التفرقة بين التدليس الدافع، والتدليس غير الدافع. فالتدليس الدافع: هو ذلك التدليس الذى يدفع المتعاقد إلى التعاقد، ويكون ذلك عندما تكون الطرق الاحتيالية من الجسامة، بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثانى «المخدوع» التصرف القانونى، أما التدليس غير الدافع: فهو التدليس الذى لاتصل فيه الطرق الاحتيالية إلى درجة حمل الطرف الاخر على ابرام التصرف القانونى، وانما تؤدى فقط إلى قبوله التعاقد بشروط أشد كلفة.

وفى حالة التدليس الدافع، يكون للمدلس عليه حق طلب ابطال العقد، والحصول على تعويض، ولكن يقتصر حقه على طلب التعويض فى حالة التدليس غير الدافع على ان التفرقة بين التدليس الدافع والتدليس غير الدافع، انما هى مسألة موضوعية يستقل القاضى بتقديرها، وفقا لظروف المتعاقدين، وجسامة الحيل المستعملة، وبالتالى هو الذى يقرر ابطال العقد او الاكتفاء بالحكم بتعويض.

هكذا نجد ان التدليس فى ظل القانون الرومانى القديم، لم يرتب أى أثر ولم ينتج عنه أى آثار، الا فى عهد جستينيان والعهود التالية واصبح التدليس مفسدا للرضا منذ ذلك العهد باعتباره عيب من عيوب الرضا، بما دفع البريتور إلى تشريع عقاب خاص لجريمة التدليس، بحيث أصبح التدليس جريمة بريتورية يعاقب عليها.

المطلب الثانى

التدليس فى القانون المصرى

نص المشرع المصرى على التدليس فى المادة ١٢٥، ١٢٦ من القانون المدنى الجديد، وأجاز للمدلس عليه - وهو الذى بوشرت الحيل التدليسية ضده - أن يطب ابطال العقد للغلط الذى وقع فيه نتيجة التدليس، كما يجوز له أيضا أن يطالب بتعويض اذا لحقه ضرر من جراء بطلان العقد، وذلك وفقا للقواعد العامة فى المسئولية المدنية.

واذا كانت الطرق الاحتيالية بعنصره المادى والمعنوى تشكل جانبا هاما من جوانب التدليس، الا أن المشرع المصرى وضع شرطين آخرين، لا بد من توافرها

حتى يرتب التدليس آثاره، ولا يجوز للمدلس عليه أن يطلب إبطال العقد إلا إذا توافرت هذه الشروط مجتمعة، على أن الطرق الاحتمالية تمثل عنصراً للتدليس على حد تعبير البعض من الفقهاء^(١)، ومعنى ذلك أن الطرق الاحتمالية وحدها كفيلاً بتكوين التدليس، إلا أنه لا يعيب الإرادة، ولا يجوز للمدلس عليه أن يطلب إبطال العقد، إلا بتوافر هذين الشرطين، ومن ثم لا يجوز طلب إبطال العقد إذا تخلف شرط من الشرطين الاتيين، وليس للمدلس عليه إذا ما وقع تحت تأثير الحيل التدليسية، إلا أن يطالب بتعويض، باعتبار هذه الحيل أعمال غير مشروعة، في الحدود التي ذكرناها عند الكلام عن مشروعية الحيل التدليسية، ولا يجوز له من ثم أن يطلب إبطال العقد للتدليس.

ولذلك اشترط الفقهاء، لكي يرتب التدليس آثاره، باعتباره عيباً من عيوب الإرادة في العقد، شرطين، يمكن توضيحهما على النحو التالي:

الشرط الأول: أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد.

ويستخلص هذا الشرط من النص عليه في المادة ١/١٢٥ حيث ذكرت أنه «يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة، بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد ومن هنا وجب أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد».

والتدليس هو الدافع إلى التعاقد، هو ذلك التدليس الذي له تأثير حاسم على رضا المتعاقد، ويستفاد هذا الحسم من وقوع المدلس عليه في غلط دفعه إلى التعاقد، وأنه لولا وجود التدليس لما أقدم على التعاقد.

من هنا فرق البعض^(٢) بين التدليس الدافع، والتدليس غير الدافع أو العرضي، ويبدو أن هذه التفرقة إنما ورثت عن مبادئ القانون الروماني الذي عرف هذه التفرقة كما ذكرت آنفاً.

(١) د. السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص ٤٢٢، بند ١٨٠، د. لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٦٠، بند ١١٩، الأستاذ إبراهيم أحمد إبراهيم، مقاله السابق الإشارة إليها، ص ٢٢، د. عبد المنعم البدر، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص ٢٦٧.

(٢) د. أحمد حشمت أبوستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، ج ١، مصادر الالتزام، ط ١٩٥٤، ص ١٦٣، وما بعدها، د. عبد المنعم فرج الصلدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٦٩، ص ٢٠١ وما بعدها.

غير ان هذه التفرقة لم ينص عليها القانون المصري^(١)، ولذلك فاننا نعتقد مع البعض^(٢) أن هذه التفرقة متقدمة، حيث يذهب الرأي الراجح في الفقه إلى اعتبار التدليس العرضي هذا تدليسا دافعا، على اساس عدم امكان الفصل بين ارادة التعاقد في ذاته، وبين الشروط التي تحركت الارادة في دائرتها، فالتدليس يعيب الارادة، سواء كان دافعا إلى التعاقد، أو كان دافعا إلى قبول شروط أشد، ماكان المتعاقد يقبلها لو علم بحقيقة الامر، وللمدلس عليه في الحالة الأخيرة، الخيار بين ان يكتفى بالتعويض، أو أن يطلب ابطال العقد، وفي هذه الحالة يجوز للطرف الاخر ان يتفادى الحكم بالابطال، وذلك بقبوله تعديل الشروط، على النحو الذي يرفع الضرر، تطبيقا للمبدأ المنصوص عليه في المادة ١٢٤ من القانون المدني، والذي يقضى بعدم جواز التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع مايقضى به حسن النية.

على ان تقدير أثر التدليس واعتباره دافعا إلى التعاقد، هو من اختصاص قاضي الموضوع، فهو الذي يقدر ما اذا كان التدليس هو الدافع إلى التعاقد أم لا؟ ويهتدي في ذلك بحالة المتعاقد الشخصية، تبعا لجنسه وسنه وحظه من الثقافة والتجربة، فالمعيار هنا شخصي، بحسب حالة كل متعاقد^(٣).

الشرط الثاني: ان يكون التدليس صادرا من المتعاقد الآخر، أو يكون على علم به، أو من المفروض حتما أن يعلم به.

يستفاد هذا الشرط من النص عليه في المادة ١٢٦ من القانون المدني الجديد

(١) كان المشروع التمهيدى للقانون المدني ينص صراحة على عدم اعتبار التدليس العارض عيبا من عيوب الارادة (المادة ١٧٥ من المشروع) ولكن حذف هذا النص في المشروع النهائى لانه يقرر حكما يكفى فيه تقرير قواعد المسؤولية المدنية (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢، ص ١٧٥، قامش (١)).

(٢) د. السنهورى، المرجع السابق، ص ٤٣٢، د. عبد الودود يحيى، دروس في مبادئ القانون، الكتاب الثانى، نظرية الحق ومبادئ العقد دار النهضة العربية، ١٩٨٠ القاهرة، ص ٢٣٠، د. منصور مصطفى منصور، مصادر الالتزامات ١٩٧١/٧٠ على آلة كتابة، بحقوق عين شمس، ص ٨٣، دوريات - دالوز - المرجع السابق، فقرة (١١).

(٣) نقض مدين فى ١٣/٣/١٩٧٣، الموسوعة الذهبية، ج ٧، رقم ١٤٦٢، ص ٧٢١، قارن: د. العطار، المرجع السابق، ص ١٦٤.

حيث ذكرت أنه «إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس».

ذلك أن الطرق الاحتمالية التي أوقعت المتعاقد «المخدوع» في الغلط وأوهمته غير الحقيقة، عادة ما يقوم بها المتعاقد الآخر، وفي هذه الحالة لا شك أن التدليس يعيب إرادة المتعاقد المدلس عليه، ويعتبر التدليس صادرا من المتعاقد الآخر، كذلك إذا كان العقد قد أبرم عن طريق النياية، وصدرت الطرق الاحتمالية عن نائب هذا المتعاقد (م ١/١٢٥) أو عن شخص من الغير بتحريض من المتعاقد أو من نائبه، وهو ما يعنى تواطؤ المتعاقد مع الغير على التفرير بالمدلس عليه^(١).

غير أن التدليس قد يقع من الغير دون تواطؤ من المتعاقد الآخر، ودون أن يكون هذا الغير نائبا عن هذا المتعاقد. لا شك في هذه الحالة أن المدلس عليه يتعاقد على غير بينة من الأمر بسبب الغلط الذى وقع فيه، فالتدليس أيضا يعيب الإرادة في هذه الحالة، ولكن الاعتداد به، وترتيب آثاره في إبطال العقد يؤدي إلى إهدار مصلحة المتعاقد الآخر حسن النية.

ولذا عمد القانون إلى التوفيق بين المصلحتين، فلم يعتد بالتدليس الصادر من الغير إلا إذا أثبت المدلس عليه أن المتعاقد معه يعلم بهذا التدليس، أو من المفروض حتما أن يعلم به.

ويستطيع المدلس عليه أن يثبت ذلك بكافة طرق الإثبات، باعتبار التدليس عمل غير مشروع، مما يجعله ينطوى على غش، والغش يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات، فإذا لم يستطع المدلس عليه أن يثبت ذلك، فليس له أن يطعن في العقد، وذلك حماية للمتعاقد حسن النية، وعملا على الاستقرار في المعاملات، ومن ثم ليس للمدلس عليه إلا الرجوع على المدلس بالتعويض - متى توافرت شروطه^(١). ويذهب البعض إلى أنه يجوز للمدلس عليه أن يطلب إبطال العقد، للتدليس

(١) نقض مدني في ١٨ مايو ١٩٣٣، مجموعة النقض المدني، ١٦، ٨٣٤.

(٢) د. السهوري، المرجع السابق، ص ٤٣٧، بند ١٨٤، د. ليب شنب، المرجع السابق، ص ١٦٧، د. توفيق فرج، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص ١٤٦، ويذكر سيافته: أن هذا أمر تقتضيه القواعد العامة، ويمكن أعماله دون نص، (ص ١٤٦ هامش (٢)).

الواقع عليه من الغير، اذا اثبت ان المتعاقد الآخر معه اشترك فى الغلط الواقع عليه من جراء هذا التدليس، شأنه فى ذلك شأن علم المتعاقد الآخر معه بالتدليس، أو استطاعته العلم به، فاذا لم يستطع المدلس عليه اثبات شىء من ذلك، فان العقد لا يكون باطلا لا للغلط ولا للتدليس، لانه لو تم ابطال العقد للغلط لجاز للمتعاقد حسن النية ان يطلب تعويضا، وخير تعويض هو بقاء العقد صحيحا، وحيث يقوم العقد على سبيل التعويض لا على سبيل الارادة الحقيقية للمتعاقد^(١).

وبذهب رأى آخر فى الفقه إلى أنه يجوز للمدلس عليه ان يطلب ابطال العقد للتدليس الصادر من الغير، ولو لم يعلم المتعاقد الآخر بهذا التدليس، وذلك على أساس أن التدليس يعيب الرضا، والعقد لا بد ان يتم عن تراض، ومن ثم يكون للمدلس عليه الخيار حتى ولو لم يعلم المتعاقد معه بالتدليس الصادر من الغير، على ان يكون لهذا الاخير - حسن النية - الرجوع على المدلس بالتعويض اذا أصابه ضرر نتيجة فسخ العقد^(٢).

وهذا رأى له وجهته، لأنه يريد أن يقوم العقد على ارادة عاقيه، لا على سبيل التعويض، كالرأى السابق، ولا على ارادة مفترضة، باعتبار أن المدلس عليه الذى يحصل على تعويض، ينفذ العقد رغما عن ارادته، وفى هذا رأى أيضا، يمكن حماية المدلس عليه، وحماية المتعاقد حسن النية، وفى الوقت نفسه المحافظة على رضائية العقد.

واكمالا للموضوع، يجوز للمدلس عليه اذا حكم بابطال العقد لسبب آخر غير التدليس أن يطلب من المتعاقد معه تعويضا عما أصابه من ضرر من جراء بطلان العقد ان كان له مقتضى، ويتحقق ذلك فى الفرض الذى يطلب فيه المدلس ابطال العقد لسبب غير التدليس، اذ يجوز للمتعاقد معه حسن النية أن يطالبه بتعويض الضرر الذى أصابه من جراء عدم تنفيذ العقد، وذلك كالقاصر الذى يباشر طرقا احتيالية ليخفى بها نقص أهليته، ثم بعد انعقاد العقد وأثناء التنفيذ يطالب بابطال العقد لنقص أهليته، فيجوز للمتعاقد معه أن يطالبه بالتعويض حيث (م ١١٩).

(١) د. السنهورى، المرجع السابق، ص ٤٣٩، د. عبد الحميد البعلى، المرجع السابق ص ٢٧٣.

(٢) د. عبد الناصر العطا، المرجع السابق، ص ١٦٨.

وعنى عن البيان ان تعويض الضرر في هذه الحالة اما يعتبر استثناء من شروط الضرر في المسؤولية العقدية أو في المسؤولية التقصيرية ، حيث ان شروط الضرر في التدليس لم ترق إلى شروطه في المسؤولية العقدية أو التقصيرية، ويكفى للمدلس عليه ان يثبت ان ضيرا ما اصابه من جراء ابطال العقد للتدليس، ويستقل قاضى الموضوع بالفصل في هذه المسألة^(١).

كما يعتبر تعويض الضرر الطارىء عن التدليس استثناء من القاعدة القانونية الواردة بالمادة ١١٥٠ مدنى فرسى، والتي تقضى بأن المدين لا يلتزم بالأضرار والفوائد المتوقعة، أو التي أمكن توقعها عند التعاقد، ومعنى هذا أن الضرر الطارىء يكون في الحقيقة قابلا للجبر احيانا، كالضرر الناشئ عن التدليس، وذلك لان طبيعة المسؤولية عن واقعة تدليس التعاقد طبيعة متغيرة، كما هو الحال بالنسبة لطبيعة التعاقد، والفكرة السائدة تعنى ان نظام التعاقد قائم على الثقة ولا يوجد هذا النظام عند خيانة اولئك الذين وضعوه، فالتعويض الكامل عن الضرر المتوقع يفترض كذلك التعويض ايضا عن الضرر الطارىء^(٢).

نخلص مما سبق أن الحيل التدليسية وحدها تؤدي إلى جواز مطالبة المدلس بتعويض عما اصابه المدلس عليه من ضرر، من جراء هذه الحيل، ولا يجوز له أن يطالب بابطال العقد، ما لم تتوافر الشروط التي ذكرها الفقهاء لذلك، ونص عليها المشرع المصرى فى القانون المدنى الجديد، حيث ان لهذه الحيل وجهين، أحدهما أنها تعتبر عنصرا فى التدليس الذى يعيب الرضا، وثانيهما: أنها تعتبر خطأ يلزم من صدرت منه بتعويض ما ينتج من ضرر، متى توافرت رابطة السببية بين الخطأ والضرر.

غير أنه لا تلازم - من وجهة نظر المشرع المصرى - بين الوجهين، اذ قد توجد الحيل، بينما لا يتحقق التدليس، كما لو كانت هذه الحيل غير دافعة إلى

(١) نقض مدنى فى ٨ فبراير ١٩٧٢، الموسوعة الذهبية، ج ٧، ١٤٥٨، ص ٧٢٠، قارن محكمة الاستئناف المختلطة فى ٧ مارس ١٩٤٦، بلان، ص ٥٨، ص ٦٠.

(2) La répartition du prejudice dans la responsabilité civile. par y ves chartier. DALLOZ 1983. p. 100 - 106.

التعاقد وبالتالي لا يجوز للمدلس عليه ان يطلب ابطال العقد، ولكنه فقط يطالب بتعويض ما اصابه من ضرر من جراء هذه الحيل، باعتبارها خطأ تقصيرياً يستوجب التعويض، متى توافرت شروطه^(١).

يبد أن المدلس عليه يقع عليه عبء اثبات التدليس بشروطه السابقة ويجوز له ان يثبت ذلك بكافة طرق الاثبات، باعتبار التدليس عمل غير مشروع، وهذا ما تنقضي به المادة ١١١٦ من القانون المدني الفرنسي، حيث تذكر أن التدليس لا يفترض، ومن ثم يجب اثباته، وهذا يعني ببساطة رفض فكرة كانت مقبولة في القانون الفرنسي القديم، هي فكرة التدليس الواقعي، وهو الذي ينتج فقط عن عدم التناسب الكبير للالتزامات، وبعبارة أخرى هو ذلك التدليس الناتج عن الطبيعة الغبنية للصفقة، ويمكن القول بأن اثبات التدليس، وهو واقعة ايجابية سيكون أكثر سهولة من الغلط، لأنه معطى داخلي نفساني، وبالطبع فان وجود طرق احتيالية تدلسية ذات طبيعة تسهل هذا الاثبات^(٢).

وأخيراً لا يؤثر التواطؤ التدليسي على اسبقية التسجيل وفقاً لقانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦^(٣) وهو موضوع تناوله الفقهاء بالشرح والتفصيل، وليس مجال بحثه هنا، لذا ارى الاحالة إلى المراجع الفقهية في هذا الموضوع.

-
- (١) د. أحمد سلامة، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ١٣١، د. حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، المرجع السابق، ص ٢٠١، فقرة ١٢٥.
- (٢) راجع: دوريات القانون المدني - طالوز - المرجع السابق، فقرة ٧٠٦، وانظر في اثبات التدليس في الفقه المصري: د. لييب شنب، المرجع السابق، ص ١٦٩، فقرة ١٢٥.
- (٣) نقض مدني في ١٩٨٦/٥/٦، الموسوعة الذهبية، ملحق (٥)، ص ١٠٤٢، رقم ١٢٧٦ (طعن رقم ١٤١٨ لسنة ٥٢ ق)، نقض مدني في ١٩٨٩/٣/٢٣، المرجع السابق، ص ١٠٥٤، رقم ١٢٩٤ (طعن رقم ٣٦٣ لسنة ٥٤ ق)، نقض مدني في ١٩٨٩/٤/٢٦، المرجع السابق، ص ١٠٥٤، رقم ١٢٩٦ (طعن رقم ٦٦٤ لسنة ٥٥ ق).

المبحث الثالث

آثار لحيل الصورية

ان جوهر التصرف القانوني هو احداث اثر قانوني اتجهت اليه ارادة المتعاقدين، ومعنى ذلك ان العبرة بما تتجه اليه الارادة اتجاها جديا لاصوريا، فالعبرة اذن بحقيقة ما اتفق عليه الطرفان، لا بالمظهر الكاذب الذي سترا به حقيقة الواقع.

ومعنى ذلك انه اذا كانت الصورية مطلقة «كلية» فانه لم يوجد تصرف أصلا، لانعدام الارادة الجدية، أما اذا كانت الصورية نسبية «جزئية» فان العبرة من الناحية الموضوعية تكون بالعقد الحقيقي، بحيث يكون البحث فيه ومدى استكمالها لشروط الانعقاد والصحة من عدمه، فاذا كان قد انعقد صحيحا رجب تطبيق احكامه لاحكام العقد الظاهر.

فاذا اخفى المتعاقدان الهبة في صورة عقد بيع، لم يكن ذلك سببا لبطلان تعاقدتهما، وانما ينحصر اثره في اجراء احكام الهبة على التصرف دون احكام البيع، وتكون العبرة اذن من حيث المشروعية، والبطلان بالتصرف الحقيقي المستتر، فاذا كان العقد الظاهر يخفي عقدا مخالفا للقانون، كان هذا العقد الاخير باطلا - وهو العقد الحقيقي - ولكن البطلان لا يرجع إلى الصورة، وانما يرجع إلى انزال حكم القانون على العقد الحقيقي الذي اتجهت اليه ارادة العاقدين، ولذلك فان البطلان لا ينال العقد الحقيقي المستتر، مادام مشروعا.^(١)

ولهذا فقد أجمع الفقه والقضاء على أن الصورية ليست بذاتها سببا لبطلان العقد المستتر، كما انها ليست سببا في صحة العقد الظاهر^(٢).

(١) د. السنهوري، الوسيط، ج ٢، المجلد الثاني، آثار الالتزام، دار النهضة العربية ١٩٨٢، ص ١٤١٠ هامش (١).

(٢) د. السنهوري، الوسيط ج ٢، بند ٦١٩/٦١٨، د. اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ١٩٩، / محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص ٨٨٤، انظر: استئناف مصر في ٢١ مايو ١٩٣٥، المحاماة ١٦، ص ٣٠٠، رقم ١٢٧، استئناف مصر في ٣٠ نوفمبر ١٩٢٧، المحاماة ٨، ص ٤٧٧، رقم ٣١٠.

فالصورية لا تصح تصرفا باطلا بمخالفته للقانون، أو لتعارضه مع النظام العام أو الآداب، أو لانتهاجه إلى أحداث ضرر بالآخرين.
ولقد ذهب بعض الفقهاء^(١) إلى أن هذه القاعدة - الصورية ليست في ذاتها سببا للبطلان - يشتمل على فرضين:

الاول: ان العقد الظاهر ليس له وجود قانوني:

ويستند في ذلك إلى أن التصرفات القانونية في الواقع لا توجد الا بإرادة اطرافها، فالعقد الظاهر لم يرد المتعاقدان، ولم يقصدا نتائج القانونية وآثاره وعلى ذلك فهو عقد غير جدى ليس له من الوجود سوى اسمه، وهذه الحقيقة تشمل جميع حالات الصورية، سواء كانت صورية مطلقة، أو صورية نسبية، وسواء كانت صورية مشروعة - ان وجدت - أو صورية غير مشروعة.

والحقيقة ان هذا الفرض ليس صحيحا على إطلاقه، نعم لم يقصد المتعاقدان العقد الظاهر، ولم تنجه اليه ارادتهما، ولم يقصدا أحداث اى أثر قانوني بالنسبة له، الا ان الواقع يشهد بذلك، لان العقد الظاهر قد اكتملت اركانه، وشروط انعقاده، بحيث أصبح هو العقد الذى يطمئن اليه حسن النية في معاملاته، ومن ثم كان العقد الظاهر موجودا وله آثاره القانونية، والتي يستطيع الغير أن يتمسك بها فى مواجهة عاقديه، وليس معنى أن العقد الظاهر لا وجود له فى نية عاقديه، انه عقد مهمل، او عقد لم يوجد اصلا، بل هو عقد موجود، تكاملت اركانه وشروط انعقاده، الا أن عدم نفاذه بالنسبة لعاقديه يرجع إلى الحق الذى اعطاه القانون لهما فى التمسك بالعقد الحقيقى.

يضاف إلى ذلك ان المشرع المصرى اعتمد أساسا بالعقد الظاهر بالنسبة الى الغير، كما بنت عليه محكمة النقض حكمها، وجعلت العبرة به من حيث الشروط والاركان^(٢).

الثانى: ان العقد المستتر له نفس القوة التى له لو ابرم سافرا، وهذا واضح من

(١) د. أحمد مرزوق، المرجع السابق، ص ١٨٤، بند ١٢٦.

(٢) م ٢٤٤ من القانون المدنى الجديد، وانظر: نقض مدنى فى ١٤ مارس ١٩٧٩، الموسوعة الذهبية، ج ٧، ص ٢٢٦، رقم ٥١٢.

ان المشرع المصرى جعل الاعتد بال عقد المستتر فيما بين المتعاقدين ، غير ان هذه القوة للعقد المستتر لا تجاوز المتعاقدين ، مالم يتمسك به الغير الذى يثبت مادامت له مصلحة قائمة فى وجوده .

بيد أن هذه القاعدة السابقة يرد عليه استثناءات .

الأول : ان الصورية تصح العقود الباطلة بطلانا مطلقا .

وتمثل المادة ١/٤٨٨ صورة صادقة لهذا الاستثناء ، حيث صرح المشرع المصرى بجواز ان تعقد الهبة فى صورة عقد آخر ، وقد تكون الهبة المستترة باطلة بطلانا مطلقا ، لعدم مراعاة الطرفين لشروطها واركائها ، الا ان العقد الظاهر يكون مكتمل الاركان والشروط ، هنا تكون الهبة صحيحة بين العاقدين ، بالرغم من بطلانها وذلك استثناء من القول بأن الصورية ليست فى ذاتها سببا لتصحيح العقد الباطل .

الثانى : الصورية فى ذاتها سبب لابطال العقد الصحيح .

ومن أهم الامثلة على ذلك ، اعتبار بيع الوفاء باطلا ، نظرا لانه يستتر رهنا فهذا البيع كان صحيحا فى ظل القانون المدنى القديم ، فلما اتضح للمشرع المصرى ان هذا البيع يستتر رهنا ، نص على ابطاله (م ٤٦٥) .

والحقيقة ان هذين الاستثنائين بينهما تناقض كبير ، وهو ما كان محل اعتراض على وضع المشرع المصرى ، واعترافه بالصورية بالرغم من التناقض الذى تناولها به ، فبينما هو يطل بيع الوفاء لستره رهنا ، اذ به يجيز الهبة - وهى عقد شكلى - فى صورة عقد آخر قد يكون رضائيا .

الثالث : ان اهمال شهر شركة التضامن أو شركة التوصية بنوعيتها ، يترتب عليه البطلان ، حيث تنص المادة ٥١ من القانون التجارى على انه «يجب استيفاء اجراءات الايداع ، واللتصق والنشر فى ظرف خمسة عشر يوما من تاريخ توقيع الشركاء على الشركة» .

ويترتب على ذلك ان كل ورقة ضد تخالف عقد الشركة الظاهر وتناقضه ، فى شركة التضامن والتوصية بنوعيتها تكون باطلة ، حتى فيما بين المتعاقدين اذ الشهر ركن من اركان عقد

الشركة الموضوعية، وورقة الضد من خصائصها السرية والخفاء^(١).
ومعنى ذلك ان الصورية في ذاتها كانت السبب في بطلان العقد المستتر في شركات التضامن والتوصية بنوعيهما، استثناء من القاعدة السابقة.
واذا كانت هذه قواعد خاصة بالنسبة لآثار الصورية، فان هناك قواعد عامة - رتبها المشرع المصري - للصورية، ومن ثم كان لها آثارها الا ان هذه الآثار تختلف بين المتعاقدين عنها بالنسبة إلى الغير، ويمكن توضيح ذلك فيما يلي:

أولاً- آثار الصورية بين المتعاقدين والخلف العام

طبقاً لنص المادة ٢٤٥ من القانون المدني الجديد، تكون العبرة، فيما بين المتعاقدين والخلف العام بالعقد الحقيقي، وهو العقد الذي انصرفت اليه ارادتهما. ودلت عليه ورقة الضد Contre - Lettre^(٢).

وهذه القاعدة لا استثناء عليها، وتسرى على كل من المتعاقدين والخلف العام كما تسرى ايضاً على الموصى له بجزء شائع في التركة كلها، اذ أن الخلف العام يعتبر بمثابة العاقد بالنسبة لعقود سلفه.

هذا وقد ذهب بعض احكام القضاء الفرنسي إلى جعل العقد الصوري - الظاهر - هو الذي يسرى بين المتعاقدين على سبيل العقاب، مثال ذلك ان يظهر المتعاقدان في البيع ثمنًا اقل من الثمن الحقيقي لانقاص رسوم التسجيل، فيمنع البائع من الرجوع على المشتري بالفرق في الثمن، وأساس هذا القضاء القاعدة الرومانية القديمة التي تقضى بأنه لا يجوز لمن تلوث بغش صدر منه ان يحتج امام القضاء بهذا الغش^(٣).

ولعل هذا الموقف من القضاء الفرنسي مايؤيد وجهة نظرنا السابقة، وهي

(١) راجع في احوال شهر شركة التضامن والتوصية بنوعيه: د. محسن شفيق، الوسيط، في القانون التجاري، ج ١، ط ١، ١٩٥١، ص ٣٦٧.

(٢) يقصد بورقة الضد في فرنسا معنيان، فهي قد تطلب على العقد المستتر ذاته، كما تطلق على الورقة المثبتة له، ويقتصر معناها في مصر على المعنى الاخير، د. اسماعيل غانم، المرجع السابق،

ص ٢٠١، هامش (١).

(٣) د. اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٢٠٠، هامش (٢).

الاعتداد بالعقد الظاهر فى كل الأحوال، وأنه لا يجوز للإنسان أن يستفيد من غشه وخداعه للآخرين - خاصة بعد أن ثبت أن كل أغراض الصورية غير مشروع.

ويبدو أن العلة فى اعتداد المشرع بالعقد الحقيقى هى أن هذا العقد هو الذى اتجهت إليه ارادة المتعاقدين، وبالتالى يكون هذا العقد وحده هو الذى له وجود قانونى بين طرفيه، وذلك اعمالاً لمبدأ سلطان الارادة.

ومعنى ذلك أن الملكية فى عقد البيع الصورى لا تنتقل، بل تظل على ملك المالك الاصلى، وتنتقل بالميراث إلى خلفه العام، وفقاً لقواعد الميراث^(١).

ولما كانت العبرة فيما بين المتعاقدين بالعقد الحقيقى فإنه يجوز لكل منهما أن يتمسك به، ويجوز ذلك أيضاً للخلف العام، ولكل من هؤلاء أن يثبت العقد المستتر ويتمسك به ويخضع فى ذلك للقواعد العامة فى الاثبات.

غير أنه وفقاً لنص المادتين ٤٠٢، ٤٠٣ من قانون الاثبات يجوز الاثبات بالبينة والقرائن فيما يجب اثباته بالكتابة، وذلك اذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة يدل على الصورية، او وجد مانع مادى او ادبى حال دون الحصول على ورقة الضد أو فقدت تلك الورقة بعد الحصول عليها لسبب اجنبى^(٢).

ولقد قضت محكمة النقض بأنه متى كانت المحكمة قد قررت أنه لا يجوز لأحد المتعاقدين اثبات الصورية، متى كان العقد الظاهر ثابت كتابة الا كتابة أيضاً، فإنها تكون قد استخلصت فى حدود سلطتها الموضوعية بالأدلة السائغة التى اوردتها انتفاء المانع الادبى، فإن الذى قرره هو الصحيح فى القانون^(٣).

(١) د. رأفت حماد، الصورية فى القانون المدنى المصرى، ١٩٨٧، ص ١٢١.

(٢) د. اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٢٠١، بند ٨٨، د. أحمد سلامة، احكام الالتزام، ص ٨٤ هامش (٣)، د. أحمد نشأت فى رسالة الاثبات، المرجع السابق فقرة ٢٦١، ٢٦٢، د. سليمان مرقس، اصول الاثبات واجراءاته فى المواد المدنية فى القانون المصرى، الجزء الثانى، الادلة المقشيدة، ط ٤ (١٩٨٦) فقرة ٣٨٧، ص ٤٧٩، نقض مدنى فى ١٩٣٧/١١/١٨ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ عاماً. ج ٢، ص ٧٦٠ رقم ٢٨ (طعن رقم ٤٠ لسنة ٧ ق).

(٣) نقض مدنى فى ٢٤ ديسمبر ١٩٥٣، مجموعة احكام النقض المدنى لسنة ٥، العدد ١، ص ٣١٤، رقم ٤٨ (طعن رقم ١٠٠ لسنة ٢١ ق).

وإذا ما تأكد وجود العقد المستتر بين العاقدين، وجب أن تتوافر فيه كافة الشروط الموضوعية اللازمة لصحته، أما الشروط الشكلية فينظر فيها إلى العقد الظاهر طالما أخفى عقدا حقيقيا. فالبيع الذي يستر هبة، يعني توافر الشروط الموضوعية في الهبة دون الشروط الشكلية (م ١/٤٨٨) (١).

ثانيا: آثار الصورية بالنسبة للغير

من الأهمية تحديد معنى الغير في الصورية، ذلك أن لفظ الغير يتردد كثيرا في لغة القانون، ومع ذلك، فليس له مدلول ثابت محدد، بل أن مدلوله يتغير بحسب الموضوع الذي يستعمل فيه هذا اللفظ.

ولقد حدد المشرع المصري في المادة ١/٢٤٤ من هو الغير المراد في الصورية حيث ذكر أن الغير هو من لم يكن طرفا في العقد، أو خلفا خاصا له، ولذا قضت محكمة النقض بأن «الغير في معنى الصورية» المادة ٢٤٤ مدني هو من يكسب حقه بسبب يغير التصرف الصوري (٢).

ولهذا يعتبر مدين أحد الطرفين من طبقة الغير، وكذا دائنة، والخلف الخاص لهما، ومن قام به سبب من أسباب الأخذ بالشفعة، وقد قضت محكمة النقض بأن الشفعيع يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لعقد البيع سبب الشفعة، فلا يحتج عليه إلا بالعقد الظاهر دون المستتر (٣)، وبعبارة أدق: يعتبر من الغير في الصورية كل من يعتقد في جدية العقد الظاهر، ويتعامل معه على ذلك (٤).

ويقوم تحديد الغير في الصورية على فكرة استقرار المعاملات القانونية ووجوب حمايتهم، لاعتمادهم - بحسن نية - على تصرف وإن كان كاذبا كله أو في

(١) د. محمد عمران، دروس في آثار الالتزام، ٨٠ / ١٩٨١، ص ٩٤، د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٨٤.

(٢) نقض مدني في ١٧ يناير ١٩٧٨، الموسوعة الذهبية، ج ٧، ٢٢٥، رقم ٥٠٩.

(٣) نقض مدني في ١/٢٤ + ١٩٨٤، مجموعة أحكام النقض المدني، ص ٣٥، ج ١، ص ٢٨٤، رقم ٥٨ (طن رقم ٤٨٧ لسنة ٥٠ ق).

(٤) د. محمد عمران، المرجع السابق، ص ٩٤، د. مختار القاضي، أصول الالتزامات، المرجع السابق، ص ٣٠٦، نقض مدني في ٧ مارس ١٩٨٤، الموسوعة الذهبية ملحق (٦) رقم ٨٣٩ (طن رقم ١٦٩٧ لسنة ٥٣ ق).

جزء منه، بحيث يجمع مظاهر التصرف الصحيح، ويرتب الآخرين تصرفاتهم على أساسه^(١).

ولقد جعل المشرع المصرى لهذا الغير الخيار بين التمسك بالعقد الظاهر، والتمسك بالعقد المستتر، متى كان حسن النية، بمعنى انه لا يعلم وقت تصرفه بأن هناك عقدا آخر حقيقيا. ومناط الخيار السابق انما هو المصلحة بمعنى ان للغير ان يتمسك بالعقد الظاهر، اذا كانت له مصلحة فى ذلك. كما لو اشترى من مشتري صوري، فله ان يتمسك بهذا العقد الصوري، ولا يجوز للمشتري الصوري ان يتمسك فى مواجهته بالعقد المستتر، اذ العقد الحقيقى لا وجود له الا بين عاقيه. ولذا فقد قضت محكمة النقض على انه يترتب على التصرفات الصادرة من صاحب المركز الظاهر المخالف للحقيقة إلى الغير حسن النية، ما يترتب على التصرفات الصادرة من صاحب المركز الحقيقى، متى كانت الشواهد المحيطة بالمركز الظاهر، من شأنها ان تولد الاعتقاد العام بما طبقه هذا المركز للحقيقة^(٢).

فاذا تمسك الغير بالعقد الظاهر، كان ذلك بناء على مصلحته وحسن نيته، وهذا ما تكفلت به المادة ١٣٢١ من القانون المدنى الفرنسى، والتي تقضى بانه لا يجوز لاوراق الضد ان يكون لها اثار الا بين الاطراف المتعاقدة، ومعنى ذلك ان للغير ان يتمسك بالعقد الظاهر، متى كانت مصلحته فى ذلك، لان هذا العقد هو الذى اطمأن اليه الغير، ورتب مصالحه على اساسه. ولذا فقد فسر القضاء الفرنسى نص المادة ١٣٢١ على انه تختص بمبدأ فعالية العقد الظاهر^(٣).

وكما يجوز للغير أن يتمسك بالعقد الظاهر، فانه يجوز له ان يتمسك بالعقد المستتر - الحقيقى - اذا كانت مصلحته تقتضى ذلك، على اساس انه العقد الذى له وجود قانونى، ولذلك فان لدائنى البائع فى البيع الصوري ان يتمسكوا بالتصرف الحقيقى، حتى لا يخرج المبيع من الضمان العام للبائع المدين، كما أن لدائنى المشتري ان يتمسكوا بالعقد الظاهر، لان من مصلحتهم ان يدخل المبيع فى الضمان العام للمشتري المدين، ولذا فقد قضت محكمة النقض بان للغير -

(١) د. جمال زكى الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات، ط ١٩٧٨، ص ٨١٢، بند ٤١٩.

(٢) نقض مدنى فى ٣٠ نوفمبر ١٩٧١، الموسوعة الذهبية، ج ٧، ص ٢٢٣، رقم ٥٠٥.

(٣) رابيع: د. هنرى رولاند، ولارون بويه، المرجع السابق، فقرة ٩٢٢.

حسن النية - ان يتمسك بالعقد الظاهر، متى كان هذا العقد فى مصلحة، ولا يجوز أن يحاج - المشتري - بورقة غير مسجلة تفيد صورية عقد البيع بالنسبة له، متى كان لا يعلم بصورية ذلك العقد^(١).

واذا كان الغير يملك التمسك بالعقد الظاهر دون ان يطالب باثبات ذلك باعتبار ان العقد ظاهر لاحاجة لاثباته، الا انه اذا تمسك بالعقد المستتر الحقيقى، فعليه ان يثبت هذا العقد الحقيقى، وله ان يثبت ذلك بكافة طرق الاثبات، ولو كان التصرف الخفى ثابتا بالكتابة - والفرض فيه انه كذلك - وذلك لان الصورية بالنسبة للغير، تعتبر واقعة مادية، يجوز اثباتها بكافة طرق الاثبات^(٢).

فاذا لم يستطع الغير اثبات صورية العقد الظاهر، او اثبات حقيقة العقد المستتر، لم يكن له ان يتمسك بالعقد الحقيقى، ولو كنت له مصلحة فى ذلك ومن ثم لا يستفيد من العقد المستتر الا اذا اثبتته وكانت له فيه مصلحة راجحة. ولذا جرى قضاء محكمة النقض على انه لا يقبل الطعن بصورية عقد مالم يكن للطاعن مصلحة من وراء اسقاط ذلك العقد^(٣).

هذا كله اذا كان الغير حسن النية، بمعنى انه لا يعلم بالصورية، فاذا كان يسىء النية، اى علم بالصورية وشجع اطرافها عليها، فانه اذا تلقى حقا ال اليه من مالك له بطريق الصورية، فان هذا الحق لا ينتقل اليه ويبطل ذلك التصرف الذى ال الحق بمقتضاه اليه، وغنى عن البيان ان هذا الحكم يختلف عن تلقى حقا بحسن نية من متصرف آل اليه الحق بطريق الصورية^(٤).

ويجب ان يكون الطعن على العقود بالصورية صريحا فى هذا المعنى، ولا يفيد مجرّد الطعن بالتواطؤ، لاختلاف الامرين مدلولاً وحكماً، لان الصورية

(١) نقض مدنى فى ٢٢ ابريل ١٩٧١، الموسوعة الذهبية ج٧، ص ٢٢٣، رقم ٥٠٤ (طعن رقم ٤٨٥ لسنة ٣٦ ق).

(٢) د. اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٢٠٦، فقرة ٩١، د. أحمد سلامة بالمرجع السابق، ص ٨٦.

(٣) نقض مدنى فى ١٩٨٥/١٢/٥، الموسوعة الذهبية ملحق (٦) ص ٥٩٩ رقم ٨٢٧ (طعن رقم ٣٠٠ لسنة ٥٢ ق).

(٤) استئناف اهلى فى ١٩١٣/٥/٢٨، الشرائع، ص ١، ص ٣٠، رقم ٤٦، نقض مدنى فى ١٩٧١/٤/٢٢، الموسوعة الذهبية، ج٧، ص ٢٢٣، رقم ٥٠٤ (طعن رقم ٤٨٥ لسنة ٣٦ ق).

تعنى عدم قيام العقد أصلا فى نية عاقيه، واما التواطؤ بين المتعاقدين فانه غير مانع بذاته من جدية العقد، ومن رغبتهما احدث آثار قانونية له.

وهكذا أوجد المشرع المصرى للغير خيارا بين التمسك بالعقد الظاهر، والتمسك بالعقد المستتر، اذا استطاع اثباته، وله ذلك بكل طرق الاثبات، خاصة اذا كان المقصود بالصورية الغش أوالتحايل على القانون، حيث يفسخ المجال امام اطلاق الاثباتات.

ولكن ما الحكم اذا تعارضت مصالح الاغيار فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر، وتمسك آخرون بالعقد المستتر؟.

ويمكن التمثيل لذلك بان من مصلحة دائنى البائع وخلفه الخاص التمسك بالعقد المستتر، لكى يتمكنوا من التنفيذ عليه، باعتباره داخلا فى الضمان العام لاموال مدينهم، فى حين تكون المصلحة لدائنى المشتري هى بالعقد الظاهر لنفس السبب. فى هذا الفرض نجد انقساماً بين الاغيار، حيث يتمسك بعضهم بالعقد الظاهر، بينما يتمسك الآخرون بالعقد المستتر، ولايمكن ان نأخذ بالعقدين معا. بل لابد من المقاضلة بينهما.^(١)

يلاحظ اولاً ان القانون المدنى القديم لم ينص على هذه المسألة ، ولذا اختلفت الاراء بشأنها وانتهت لجنة القانون بمجلس الشيوخ على تغليب مصلحة الغير الذى، يتمسك بالعقد الظاهر، وجاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى، «ويناط الحكم عند تنازع المصالح المتعارضة على هذا الوجه بفكرة استقرار المعاملات، فاذا تمسك دائنى البائع بالعقد المستتر، وتمسك دائنى المشتري بالعقد الظاهر ، كانت الافضلية للأخير، لاعتبارات تتعلق بتأمين استقرار المعاملات»^(٢).

وهكذا نص عليها المشرع فى القانون المدنى الجديد م ٢/٢٤٤ وعلل ذلك باعتبارات تتعلق بتأمين استقرار المعاملات، وهو الاعتبار الذى ناديت به منذ البداية. ومسلك المشرع هذا يرجع مسبق لى أن اقترحته من الأخذ بالعبارة الظاهرة، أو العقد الظاهر، سواء بالنسبة للمتعاقدين أو الغير.

(١) نفضى مدنى فى ٥ ديسمبر ١٩٨٥، الموسوعة الذهبية، ملحق (٦) من ٩٩، رقم ٨٢٧ (طنين رقم ٣٠٠ لسنة ٥٢ ق).

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية، ج ٣، ص ٦٤٦.

الفصل الثانى

آثار الحيل فى الفقه الاسلامى

تمهيد وتقسيم:

أصبح من المسلم به ان الحيل لم تظهر عفوا، ولم تكن وليدة المصادفة وانما وجدت لعدة اسباب ساعدت على ظهورها وانتشارها منها: التخلص من الشدائد والاحتياط لحماية الحق، والتعلق بمذهب معين، وافتراض الامور، وايجاد حكم لها - كما فى الافتراضات القانونية - واخيرا نجد ان من أهم أسباب ظهور الحيل والعمل على انتشارها هو ضعف الوازع الدينى لدى بعض الأفراد^(١).

هذه الاسباب على الرغم من كثرتها فانها لم تكن جميعها فى درجة واحدة، وهذا ما أدى إلى تنوع الحيلة واختلاف صورها - كما سبق الكلام عنها - ولذلك كان لوجودها واكتمال اركانها آثار ترتبت عليها.

ويمكن اجمال هذه الآثار فى نوعين منها، فهناك آثار عامة استطاعت الحيلة بظهورها ان تؤثر فى المجتمع، وان تلقى بظلالها على الفقهاء المسلمين ليقلبوا فيها النظر ويمنعوا فيها التفكير، ومن ثم كان لها ذلك الأثر العام الذى أثر فى المجتمع.

كما أن للحيل أيضا آثارا خاصة، ترتبت على الحكم عليها، باعتبار أن الأثر هو خلاصة الحكم، أو ما انتهى اليه الحكم، ولما كان الحكم على الحيل متنوعا تبعا لاختلاف أنواعها، وتشعب صورها، كان الأثر المترتب على الحكم ايضا متنوعا، فهو ليس ضبطا عاما يسرى فى كل أنواع الحيل، وليس قاعدة عامة تطبق على صور الحيل، وانما يختلف الأثر من حيلة إلى أخرى تبعا لما حكم به الفقهاء على كل حيلة، بل يختلف الأثر - بين الفقهاء - فى النوع الواحد، على الرغم من اتفاقهم فى الحكم فيما بينهم.. لهذا كان من المناسب تتبع احكام الفقهاء فى الحيل المختلفة لتتعرف على آثارها الخاصة بكل حيلة. واقل

(١) راجع بالتفصيل المناسب اسباب ظهور الحيل فى الفقه الاسلامى، رسالة الحيل فى الفقه الاسلامى د. مجاشى على ابراهيم ١٩٧٣، ص ١٧ - ٦٦.

القليل ان نذكر الامثلة التي استعرضناها عند الكلام عن حكم الحيل ، ومنها نجد الآثار واضحة من خلال الحكم عليها.

لهذا كان للحيل آثارها الخاصة مما يجعلنا نبحت هذا الفصل في مبحثين متتاليين على النحو التالي :

المبحث الاول

الآثار العامة للحيل

يمتاز الفقه الاسلامي بانه مرن، يتمشى مع الواقع، ويساير التطور، وهذا ما جعل شريعة الاسلام صالحة لكل زمان ومكان، الا أن ادعاء قد ظهر في الافق يقضى بأن الفقه الاسلامي فقه نظري لا يتمشى مع الحياة العملية، وليس له تأثير كبير فيها، اللهم الا في مجال ضيق، كما ان الفقهاء الذين جعلوا الفقه شاملا لكل أمور الحياة الخاصة بالمسلم، كانوا في تشريعهم ييغون المثل العليا، بدليل اقتناعهم بأن ما انتجوه لم يتحقق عمليا، الا في عصر السلف الذي يمثل في نظرهم المثل الأعلى للعصور الاسلامية، والذي لا يمتد - على اكثر تقدير - الا إلى اواخر القرن الاول.

والحقيقة ان لهذا الادعاء مغزاه في نظر معتقيه، وأثر واضح عند المتشدين به، حيث ذهبوا إلى أن فقهاء الإسلام لم يجدوا بدا من اللجوء إلى الحيلة للتوفيق بين النظريات والعمليات عند تناقضها، حرصا على مبادئ الشريعة الاصلية، اذ الحيلة في ظاهرها اعمال توافق مطالب الشريعة، بينما تأتي نتائجها احتيال على الخروج من سلطان الفقه، والافلات من طائلة القانون الاسلامي وعن طريق الحيلة يمكن التوفيق دائما بين الناحية النظرية والناحية العملية اذ الحيلة أكثر مرونة، بل من الممكن ارتباطها با حياة العملية ارتباطا وثيقا لا ينقسم عراه^(١).

(١) انظر: قانون السلام في الاسلام، د. محمد طلعت النجدي، منشأة المعارف بالاسكندرية ١٩٨٩، ص ٢٢٣ وما بعدها. نظرة عامة في تاريخ الفقه الاسلامي د. علي حسن عبد القادر، ١٩٦٥م، مطبعة السمادة بمصر، دار الكتب الحديثة ص ٢٣٦، وما بعدها ، وانظر كذلك: الربا والفائدة في الاسلام للمنتشار محمد سعيد العشماوي، ط ٢ دار سينا، ١٩٨٨، ص ٥٥ - ٥٩.

وبنظرة متأنية في الفقه الاسلامي يتضح ان هذا الادعاء لا أساس له من الصحة، وأنه من الامور الدخيلة على الثقافة الاسلامية الاصلية، ذلك ان الفقه الاسلامي عني بتربية المسلم، وخلق فيه نوعا من المراقبة الذاتية، بحيث تدفعه إلى الالتزام بأحكامه والمحافظة عليها وعدم الفرار منها أو التخلص من تبعاتها، وفقه كهذا لا يمكن أن يكون نظريا، ولا يتمشى مع الحياة، لانه جاء أساسا لينظم الحياة فان كان كذلك فانه يفقد أهم خصائصه، وبالتالي لا يؤدي مهمته، باخضاع الحياة لسلطانه وتنظيمها وفقا لاحكامه.

ولذلك لم نجد من المسلمين المخلصين من يعتقد صدق هذه الدعوى، أو يظن أن الحيلة ماهي إلا وسيلة للتوفيق بين النظريات والعمليات، والا لكان هناك اتفاق على القول بوجودها وابطاحتها في ظل الفقه الاسلامي، لما تؤديه من أغراض تخدم الفقه النظري، - كما يزعم البعض - وتجعله يساير حركة الحياة الدائمة والقول بذلك يقلل من شأن الفقه الاسلامي، ويضعف من سلطانه كتشريع قويم، أراد الله للمسلمين، بل وأعترف غيرهم بصلاحيته في تنظيم العلاقات وواقعيته في بيان الحقوق والواجبات، فهو تشريع يبدو في اطار وسط بين المثالية من جانب، والواقعية من جانب آخر، وهذا مادعى البعض^(١) إلى شرح وجهة النظر هذه في مؤلف بديع، انتهى فيه واضعه إلى دحض حجج القائلين بنظرية الفقه الاسلامي، وعدم واقعيته، وصلاحيته لمطالبات الحياة.

واذا كانت الحيلة لها دورها - كما يزعمون - فان هذا مما يخدم الشريعة ويجند لها اعداءها، لابطال ودحض المفترين على الاسلام والمسلمين، كما جند لها الله عز وجل من قبل ابو لهب عم النبي - ﷺ - عندما أخبر عنه أنه سيعيش كافرا ويموت كافرا، كما جاء في سورة المسد^(٢) وكان بإمكان أبي لهب أن يبطل ذلك ولو لفترة مؤقتة بأن ينطق بالشهادتين ليثبت أن - القرآن ليس صادقا في الاخبار عنه وأنه نطق بالشهادة، وأيضا فان الله تبارك وتعالى أخبر عن السفهاء من الكفار انهم سيقولون عجباً عند تغيير القبلة تعجبا من أمر النبي - ﷺ -

(١) انظر بحث الاستاذ الشيخ / مطفي شلي، الفقه الاسلامي بين المثالية والواقعية - مطبعة جامعة الاسكندرية، ١٩٦٠.

(٢) سورة المسد مكية وآياته خمس تبدأ بقول الله تعالى: «تبت يدا أبي لهب وتب الخ»

واصحابه، وكان بإمكانهم أن لا يتكلموا عند هذا الحدث ليثبتوا كذب القرآن عندما أخبر عن حالهم في قوله تعالى «سيقول السفهاء من الناس ما ولاهم عن قبلتهم التي كانوا عليها»^(١) ومع ذلك فلم ينطق أبو لهب بالشهادة، كما تكلم هؤلاء عند تغيير القبلة، بأن قالوا ما ولاهم عن قبلتهم التي كانوا عليها، ليثبتوا صدق القرآن في الاخبار عن مكنونهم، ومايجول بخاطرهم.

فهذه الامثلة ونحوها تدل على ان أعداء الاسلام كثيرا ماخدموا الاسلام وأثبتوا صدقه، وها نحن اليوم نرى موقفا جليلا لهؤلاء، حيث ترتب على القول بوجود الحيل في الفقه الاسلامي للتوفيق بين النظريات والعمليات، أن تصدى المسلمون الغيورون على اسلامهم لهذه الموجة العارمة، التي روجها أرباب الحيل ابان ظهورها، حيث وقفوا في وجهها وأنكروه على اصحابها، ونهبوا الناس إلى خطئها، لدرجة ان لفظ الحيلة اذا ذكر عندهم أووصل إلى سمعهم كانوا ينفرون منه ويستقبحونه، لانه يعنى في نظرهم، ذلك اللون المذموم من الحيل، وكان هذا الموقف منهم لشمسكهم الشديد بدينهم، ومن ثم قالوا على سبيل التعريض والذم، فلان من أرباب الحيل، ولا تعاملوه فانه محتال.

وهكذا نجد أن هذا الادعاء كان سببا مباشرا في العمل بكل الطرق على تجنب القول بالحيلة - المذمومة - والعمل على الوقاية منها قبل الافتاء ها، ولهذا نجد في الفقه امثلة توضح هذا المفهوم، استطاع الفقهاء فيها أن يطلوا مقصود المحتال، بل انهم عاملوه بنقيض مقصوده، لدرجة ان ذلك اصبح قاعدة عامة يبنى عليها كثير من الاحكام، فمثلا، منع القاتل من الميراث، لانه تعجل الحصول على ميراثه فعوقب بنقيض مقصوده، وقد يكون ذلك منه حيلة على حصول الميراث، كذلك تبطل وصية الموصى له اذا كان سببا في قتل الموصى، حتى لا يستفيد من حيلته هذه... وغير ذلك من الامثلة التي تؤكد ان هناك وقاية من وقوع الحيلة، والعمل بمضمونها.

وعلى الجملة فان المحتال بالباطل عامل بنقيض قصده شرعا وقدرًا، وقد شاهد الناس عيانا ان من عاش بالمكر مات بالفقر^(٢).

من هذه الزاوية نجد ان للحيل أثره الوقائي من القول بها، والعمل على

(١) سورة البقرة (اية ١٤٢).

(٢) الحيل في الفقه الاسلامي - رسالة - ص ٦٠٩.

انتشارها فأثرت بذلك في المجتمع وتأثر بها.

ولا يخفى على ذي لب أن هذا العمل الوقائي انما كان ثمرة مناقشات وجدل فقهي، حتى بين فقهاء المسلمين بعضهم البعض، مما خلف لنا ثروة فقهية ضخمة كانت بمثابة الاثر المباشر لتلك الوقفة المخلصة التي قام بها فقهاء الاسلام، ليحموا بها فقههم مما جعله تشريعا خالدا يتضاءل أمامه العقل البشري مهما تفتت عن نظريات، أو وصل إلى درجة الكمال.

فهذا العمل الوقائي أوجد الجدل والمناظرات، كما أوجد المناقشات والمؤتمرات فضلا عن ايجاد كتابات خاصة في هذا الفن «فن الحيل» تناول فيها الفقهاء موضوع الحيلة بالشرح والتحليل، وذكر الادلة ومناقشتها مع ترجيح الراجح منها، مما كان له كبير الأثر في ثراء الفقه الاسلامي في واحدة من أهم وأبرز قضايا المجتمع المسلم.

لهذا كان للحيلة اثرها العام في المجتمع سواء من الناحية الوقائية، أو من الناحية العلمية، حيث أثرت في المجتمع وتأثر بها^(١).

المبحث الثاني

الآثار الخاصة للحيل

يقصد بالآثار الخاصة للحيل، تلك الآثار التي تترتب نتيجة الحكم على الحيلة، فهي الوصف الذي رتبته الحكم، او الوصف الناتج عن الحكم.

ومعلوم - مما سبق - ان الحيل يختلف حكمها من نوع إلى آخر، نظرا لاختلاف أنواعها وتعدد صورها، وبالتالي كان الحكم غير مضطرد فيها، فلم تأخذ الحيل حكما واحدا وانما تفاوت الحكم عليها تبعا لاختلاف أنواعها، بل اختلف الحكم بين الفقهاء في النوع الواحد، عندما خفي قصد الختيال ولم يظهر بأية صورة من الصور. ولذلك كان استنباط الآثار التي يربتها الحكم من الصعوبة بمكان، حيث لاضابط يحكم هذه الآثار تبعا لعدم وجود ضابط للحكم على الحيل من باب أولى.

(١) راجع بالتفصيل المناسب، الآثار العامة للحيل: د. نجاشي على ابراهيم، الحيل في الفقه الاسلامي - رسالة دكتوراه - ١٩٧٣م، ص ٦٠٣ - ٦١٤.

ومع ذلك فإنه من الممكن وضع ضابط يجعل استخلاص الآثار - المترتبة على الحيل سهل ميسرا، وذلك إذا ما قمنا بتصنيف حكم الحيلة كما ذكره الفقهاء.

ذلك ان الحيلة - من حيث الحكم عليها - ثلاثة أقسام:

القسم الأول: متفق على حرمة.

القسم الثاني: متفق على إباحته.

القسم الثالث: مختلف فيه.

أما ما اتفق على حرمة فكان لذلك اما لحرمة الوسيلة فضلا عن الغاية كما في زنا المرأة بأحد أصول زوجها أو أحد فروعه لينسخ نكاحها من زوجها أو في ردتها حيلة على انفساخ ذلك النكاح.

أو كانت الحرمة والاتفاق عليها مترتبة على حرمة الغاية ولو كان الطريق إليها مباحا، كما في السفر لقطع الطريق، مع ملاحظة ان الغاية فيها من السهل الاطلاع عليها غالبا.

وأخيرا يأتي الاتفاق على تحريم الحيلة من الفقهاء لان الغاية أيضا محرمة، واستطاع المحتال ان يصل إليها بوسائل الغش والخداع كما في مسائل التفرير.

ويلاحظ أن ما اتفق الفقهاء على حرمة، يترتب اثره وفقا للحكم ان كان أمر الحيلة فيه ظاهرا، كما في حالة حرمة الوسيلة والغاية، اما ان كان التحريم منصرفا إلى حرمة الغاية، فان الغاية - لما كانت أمرا نفسيا أما أن تكون واضحة يمكن الاطلاع عليها كما في السفر لقطع الطريق، وأما أن تكون خفية يصعب الاطلاع عليها غالبا، فان كانت ظاهرة يمكن الاطلاع عليها فان الاثر المترتب عليها يكون واضحا لا يثير اية صعوبات، حيث يتبع الاثر الحكم، ويترتب عليه، اما ان كانت خفية، فان الاثر يختلف من مذهب إلى آخر، فالبعض يرى ضرورة الحكم على الوضع الظاهر، في حين يرى البعض الآخر البحث عن الحقيقة والارجاء للباطنة، فحيث يوجد اختلاف بين الإرادة الظاهرة، والإرادة الباطنة، نجد اختلاف الاثر المترتب، نتيجة الاختلاف بينهما.

أما ما اتفق الفقهاء على إباحته من الحيل، فان الاثر فيه يكون واضحا لا يثير

اية صعوبات ، حيث يترتب الاثر نتيجة النطق بالحكم، ومن أمثلة هذا القسم: الاسباب الشرعية - عند من يرى انها حيلة على حصول مبيئاتها - حيث تترتب المبيئات قضاء وقدرا على مباشرة اسبابها، وهذا الاثر يترتب سواء قصد بها الحيلة أم لا؟ كما يشمل هذا القسم ايضا ما يسميه الفقهاء بمسألة الظفر، وهي من المسائل المتفق على جواز الحيلة فيه خروجاً من خلاف من أوجبها^(١). وان تمت الحيلة فيها بطريق غير مشروع كان الاثم في الوسيلة دون الغاية وذلك كما لو كان وصولاً إلى حق مجحود، او تخلص من ظلم محقق او ماشابه ذلك، ومنه جواز النطق بكلمة الكفر للتخلص من هلاك مؤكد اذا كان القلب مطمئن بالايमान. حيث لا يترتب هذا النطق أية آثار في حق صاحبه.

أما ما اختلف الفقهاء في حكمه بين مجوز ومعارض، فان ذلك انما لسبب اقتضى ذلك عند كل منهم، أوبناء على اصل من أصول مذهبهم، ويشمل هذا النوع ما كان مباح يفضى إلى المباح فيتحذه التحيل سلماً إلى الحرام، كما في بيع العينة، وكنكاح التحليل، وهبة المال فراراً من الزكاة، واقرار المريض لوارث وغيرها. ومرد اختلاف الفقهاء حول هذا النوع من الحيل يرجع إلى امرين: احدهما: خفاء قصد المحتال في هذا النوع خفاء لا يمكن الاطلاع عليه غالباً، ويمكن ذلك في اتخاذ وسيلة مشروعة تفضى حتماً إلى المشرع، والفرض في المحتال انه ذكي فطن يبنى الوصول إلى أهدافه من أقرب الطرق المشروعة الموصلة اليه، حتى لا يطلع على غرضه أحد. ثانيهما: اشتراط بعض الفقهاء صحة التصرف وخلوه من وجود شرط يتنافيه - وهو اصل من اصول الشافعية - حيث ينون عليه كثير من الاحكام، فيكون التصرف صحيحاً اذا خلا من وجود شرط يتنافيه، دون نظر إلى الهدف منه. لكن اذا ظهر هذا الهدف بأي طريق، كان الحكم مترتباً عليه.

كما يشمل هذا القسم ايضا ما اصطلح الاحناف على تسميته «باب المخارج من المضايق» فهذا النوع هو ما توسع الاحناف فيه، واشتهروا به، وان كان هذا الاصل لا يهدم قاعدة شرعية، ولا يناقض غرضاً فقهيّاً، الا ان بعض الفقهاء لم

(١) المحلى لابن حزم ج ٨، ص ١٨٠، وانظر في هذا، اغائة اللفهان لابن القيم، ج ٢، ص ٧٤ وما بعدها.

يجد حاجة في اللجوء اليه كنوع من التخفيف والتيسير على العباد في مطالب الشريعة وتكالييفها، حيث يرى - هذا البعض - ان الله تعالى اغنانا بالرخص والمباحات عن اللجوء إلى هذا النوع من الحيل، فضلا عن تشريع الكفارة في الاسلام، ويضاف إلى ذلك أن الاحناف اعتمدوا في اباحة هذا النوع من الحيل على قصة سيدنا أيوب - عليه السلام - وأقل ما يقال فيها انها شرع من قبلنا، وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد ما يخالفه، وهي قضية خلافية لم تتفق الآراء بشأنها^(١).

وبلاحظ ان الفقهاء عندما يرتبون آثارا على الوضع الظاهر، انما يفترضون وجود ارادة خفية تخالف هذا الوضع الظاهر، غاية الامر انهم لا يتحققون من وجودها، ولذلك يحتاط الفقهاء لها، حيث درجوا على استعمال مصطلح فقهي يعالجون به هذا الموقف، فيقولون في بيع العينة مثلاً: ان هذا البيع جائز قضاء لادبانه، ويقصدون بذلك أن البيع يصح القضاء به، حيث أمرنا أن نحكم بالظاهر، والله يتولى السرائر، لكن هذا البيع اذا قصد به العينة والوصول إلى الربا حقيقة، فانه غير جائز باتفاق المسلمين، حتى من اجاز هذا البيع، اذا ظهر الهدف منه بأية صورة من الصور فانه يقول بتحريمه حيثئذ، لكن لهالم يمكن الاطلاع على هذا القصد غالباً، كان التحريم في أمر الديانة فقط لان الاسلام يعمل دائماً على خلق نوع من المراقبة الذاتية في نفس المسلم، ومن ثم فانه ينأى بنفسه دائماً عن اقتراف المعاصي، ولذلك يجب أن يتفق مظهره - دائماً - مع مخبره، ويعبر عن ارادته تعبيراً حقيقياً، دون محاوره أو خداع، وهذا هو حال المسلم، التقى الورع، الذي يعلم ان الله يطلع عليه، يعلم سره ونجواه، فاذا تخلف ذلك، ولم يظهر هذا القصد - الذي أراده المحتال - كان الحكم على الظاهر، تاركين الباطن إلى من لا تخفى عليه خافية في الأرض ولا في السماء، ومن أجل الاحتياط لذلك فان الفقهاء درجوا على القول بأن: هذا الامر جائز قضاء لادبانه، للتنبيه على عدم جوازه اذا ما ظهر القصد منه. ويجرى ذلك في كل حيلة، بل في كل تصرف لم يتضح القصد منه، ولم يمكن الاطلاع عليه غالباً^(٢).

(١) انظر في تحقيق هذه القاعدة، د. محمد محمد ابراهيم الشرقاوى في رسالته للحيل الشرعية وأثرها في نمو الفقه الإسلامى، ١٩٧٣، ص ٤٣٩ وما بعدها.

(٢) راجع أمر الديانة والقضاء بالتفصيل، د. نجاشى على ابراهيم في رسالته الحيل في الفقه الإسلامى، ١٩٧٣، ص ٥٧٩ - ٦٠٢.

وهكذا نجد ان لكل حيلة آثارها التي يرتبها الحكم عليها، ويمكن تتبع هذه الآثار يتتبع الحيل، حيث تنتج كل حيلة آثارا خاصة بها، ولما كانت الحيل متعددة إلى الحد الذي وصفها البعض بأنها «لا يقدر على ضبطها» إلا انه يمكن استعراض بعض هذه الآثار من خلال الأمثلة التي ذكرناها عند الكلام عن حكم الحيل ومدى مشروعيتها في الفقه الاسلامي، وهي امثلة توضيحية ذكرتها على سبيل المثال لا الحصر، ويمكن القياس عليها مما شابهها، وذلك كما يلي:

١- اذا احتالت المرأة على فسخ نكاحها من زوجها بغير الطريق الذي رسمه الشرع لها، بأن مكنت احد اصول زوجها أو أحد فروعها من الايقاع بها، فان النكاح يفسخ في الحال من غير حاجة إلى قضاء عند الحنفية والحنابلة، ولا خلاف بينهما في ان الفرقه بين الزوجين فسخ لاطلاق، لان الحرمة مؤبدة لا يتصور عود الحل بعدها، ويلحق بالزنا المس بشهوة، والنظر إلى الفرج بشهوة، وهذا عند الحنفية وأحمد في رواية.

ويرجع ذلك إلى أن الزنا يحرم، كما يحرم النكاح الصحيح عند كل من الأحناف والحنابلة.

ولهذا فان المرأة - بحيلتها هذه - يفسخ نكاحها عند الحنفية والحنابلة، بكل مايرتبه الفسخ من آثار، حيث لا مهر لها، ولا يلحقها طلاق..

ويرى الامام الشافعي ان الزنا لا يحرم ما يحرمه النكاح الصحيح، فلو زنا رجل بامرأة لم تحرم عليه ولا على ابنه ولا على ابيه، وكذا لو زنا بأمرأة، أو بنت امرأته لم تحرم عليه امرأته^(١)، وبالتالي فان نكاح المرأة من زوجها لا يفسخ بزناها، وبالتالي لا تستفيد من حيلتها هذه، حيث لا يترتب فسخ ولا طلاق، فلا يحرم الحرام ما يحرمه الحلال، وهذا هو الراجح من وجهة نظرنا، وأن احتمال المرأة على فسخ نكاحها امر ظاهر وواضح، فكان عدم الفسخ معاملة لها بتقيض مقصودها.

وللامام مالك - رضى الله عنه - في المسألة روايتان، احدهما في المدونة، وفيها موافقته لما ذهب إليه الاحناف والحنابلة، وان من زنا بأمرأة أو ابنتها،

(١) الأم للامام الشافعي، كتاب الشعب، ج ٥، ص ٢٢، راجع في المسألة أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الشريعة الاسلامية، د. عبد الوهيد السرتي، المرجع لاسبق، ص ١١٨.

فليفارقها ولا يقيم معها^(١) وثانيهما، في الموطأ، وفيه موافقته لما ذهب اليه الشافعية وأن الزنا لا يحرم ما يحرمه النكاح الصحيح^(٢).

والراجع في المذهب، ما جاء في الموطأ وعليه العمل في المذهب المالكي فقد جاء في المدونة أن أصحاب مالك على ما في الموطأ، ليس بينهم فيه اختلاف وهو الأمر عندهم، فقد قال سعيد بن المسيب عندما سأله ابن أبي ذئب عن ذلك قال: لا يحرم الحرام الحلال^(٣).

وهذا مارجحه الخرشي المالكي في شرحه على مختصر خليل حيث جاء فيه «وعدم النشر بالزنا - أي نشر الحرمة - وهو مذهب الموطأ والرسالة، وعليه الأكثر بل قيل جميع الأصحاب، فإذا زنا بامرأة يجوز للزاني أن يتزوج بابنتها وأُمها، ولأبيه وابنه أن يتزوجها»^(٤) وهو مارجحه أيضا العلامة الدردير في الشرح الصغير^(٥).

وبهذا يتضح أن المحتال بمثل هذه الحيل قد يستفيد من حيلته في نظر بعض الفقهاء، وقد لا ترتب هذه الحيلة أية آثار في نظر البعض الآخر، ومرد ذلك غالبا إلى أن غرض المحتال كثيرا ما يكون خفيا لا يمكن الاطلاع عليه، وغالب الظن أن الاحناف والحنابلة لا يقولون بفسخ النكاح بين الزوجين، إذا ظهر المقصود من زناها، كما لا يقول الفقهاء بالفسخ إذا اتضح غرض المرتد عن الإسلام وأنه لاجل فسخ النكاح، كما نقل ذلك عن الفتاوى، فلما لم يظهر هذا المقصود الخفي، أجرى الفقهاء أحكام زنا الزوجة، وردة أحد الزوجين على القواعد الفقهية لكل منهم^(٦).

(١) المدونة الكبرى للإمام مالك، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة، ج ٤، ص ١٢٧.

(٢) شرح الزرقاني على الموطأ، ج ٣، ص ١٦.

(٣) المدونة الكبرى، المرجع السابق، ص ١٢٧.

(٤) الخرشي على مختصر سيد خليل، دار صادر بيروت، ج ٤، ص ٢٠٩.

(٥) راجع العلامة أحمد الدردير في شرحه الصغير على مختصره المسمى «أقرب المسالك إلى مذهب

الإمام مالك» طبعة ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨ م، الجهاز المركزي للكتب الجامعية، والمدرسية

والوسائل التعليمية، ج ٢، ص ١١٢.

(٦) إقامة الدليل على إبطال التحيل، ص ٢٧٠.

٢- من يحتال على فعل محرم بوسيلة مشروعة، هل يستفيد من حيلته أم لا؟ اتفق الفقهاء - كما ذكرت - أن الوصول إلى غاية غير مشروعة يؤدي إلى تحميم الحيلة جملة وتفصيلا، حتى ولو كان الوصول إليها بوسيلة مشروعة، كما في السفر لقطع الطريق، وبالتالي فإن هذا المحتال ينبغي أن لا يستفيد من حيلته فلو أنشأ السفر في نهار رمضان ليترخص بالفطر، فلا يحل له، إذ شرط الرخصة - هذه - أن يكون السفر طويلا مباحا، وبالتالي فإن السفر للمعصية لا يتسبب به الفطر، ولا يجوز له ذلك هذا إذا كان السفر عن غير حيلة، فإن كان كل همه في سفره أن يترخص، فلا يجوز له ذلك معاملة بنقيض قصده، حيث الشرط للرخصة وجود السفر الطويل المباح، سواء كان في رمضان أو غيره، كما لو كان في صوم نذر أو كفارة أو قضاء، ومع ذلك فإنه يشترط له أن يكون سفره في غير معصية لتمييز الفطر المباح عن غيره.

فلا يترخص العاصي بسفره كآبق، أو ناشزه، وقاطع طريق، ومسافر بلا إذن أصل يجب استثنائه، إذ مشروعية الترخيص في السفر للأعانة، والعاصي لا يعان لأن الرخص لا تنطاط بالمعاصي.

ومعنى أن الرخص لا تنطاط بالمعاصي، أن فعل الرخصة متى توقف على وجود شيء فإن كان تعاطيه في نفسه حراما امتنع معه فعل الرخص والا فلا^(١).

٣- قد يهدف المحتال إلى الوصول إلى المحرم عن طريق مباح لم يوضع للافضاء إلى هذا المحرم، وإنما وضع للافضاء إلى المباح، فإذا اتخذ المحتال وسيلة إلى الحرام، فهل يصح فعله، ويترتب عليه آثاره أم لا؟.

من الأمثلة على ذلك «بيع العينة» و «نكاح التحليل» و «هبة المال فرار من الزكاة»، و «اقرار المريض لو ارث».

تكلمنا قبل ذلك عن بيع العينة كمثال صادق لهذا النوع من الحيل، وذكرنا أنه محل خلاف بين الفقهاء - ويأتي الاختلاف هذا من شدة خفاء قصد المحتال لدرجة أن احدا لا يظن أن هذا قصده، أو أنه يرمى إليه، غير أن بعض

(١) الاقتناع في حل الفاظ أبي شجاع، ج ٢، ص ٢٥، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج ٢، ص ٣٣٣، ١٥، ١٤٣.

الفقهاء جعلوا صورة بيع البعينة دليلا على وجود ارادة خفية لدى المحتال، يعمل على تحصيلها، ولذلك لم يترددوا في ابطال هذا النوع من الحيل، فقالوا ان هذا البيع غير صحيح ولا يترتب اثرا في ذمة عاقديه، وهؤلاء هم الاحناف والمالكية والحنابلة^(١) فلا يصح هذا البيع عند هؤلاء الفقهاء، ولا يترتب عليه نقل ملكية المبيع إلى المشتري، ونقل ملكية الثمن إلى البائع، وان كان المالكية قد فصلوا هذا البيع وجعلوه على ثلاثة انواع، نوع جائز، ونوع مكروه، وثالث محرم خروجاً له من الجواز، وهو ان يراوده على الربح بأن يقول له: اشتريها لي - اى السلعة المتفق عليها - بعشرة نقداً، وأنا اشتريها منك بأثنى عشر إلى أجل، فذلك حرام لا يحل ولا يجوز لانه رجل ازداد في سلعة، فان وقع ذلك لزمت السلعة للأمر، لان المشتري اشترى له، وانما اسلفه ثمنها ليأخذ به منه أكثر منه إلى أجل؟ فيعطيه العشرة معجلاً، وي طرح عليه ما أرى - ويكون جعل مثله بالغاً ما بلغ في قول، والاقل من جعل مثله أو الدينارين اللذين أرى بهما، وفي قول ثالث: الاجرة له بمال، لان ذلك تميم للربا، ولذلك يفسخ البيع ان لم تفت السلعة^(٢).

واذا كان هذا رأى الفقهاء في بيع العينة، وانه بيع باطل لا يترتب أية اثر، فان هذا ما يقولون به كذلك في نكاح التحليل، وهبة المال فراراً من الزكاة، وان كان الاحناف يرون ان هذه الهبة مكروهة فقط^(٣) وكذلك لا يقرون اقرار المريض لو ارث، وذلك للتهمة.

غير أن الامام الشافعى نظر إلى هذه الامثلة ورتب عليها أحكامها، وآثارها، حيث ذهب إلى صحة بيع العينة، فيجوز ان يبيع غيره شيئاً بثمن مؤجل، ويسلمه اليه، ثم يشتريه بأقل من ذلك الثمن، نقداً، وكذا يجوز أن يبيع بثمن نقد، ويشتري بأكثر منه إلى أجل، سواء قبض الثمن الاول ام لا؟ وسواء صارت العينة عادة له أم لا؟ وهذا هو الصحيح المعروف في كتب الاصحاب، حيث ينعقد العقد دون شرط يتأفیه، فكان عقداً صحيحاً اكتملت فيه اركانه وشروطه، والعقد

(١) الخصاف في الحيل، ص ١٢، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣، ص ٨٨، الكافي ج ٢ ص ٢٥.

(٢) مقدمات ابن رشد ج ٣، ص ١٩٨، ١٩٩، ٢٠٠، حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ٨٨، ٨٩.

(٣) الاشباة والنظائر لابن نجيم الحنفى، ص ٤٠٦.

ان انعقد دون شرط كان ثابتاً^(١).

وعلى هذا فان بيع العينة جائز عند الشافعية لانه ثمن يجوز بيع السلعة به من غير بائعها، فجاز من بائعها، كما لو باعها بمثل ثمنها^(٢).

كما جوز الشافعي أيضا اقرار المريض لوارث، احسانا للظن به، ولا سيما عند الخاتمة حيث تمتنع التهمة في هذا الوقت غالبا، كما أجاز الهبة مالم يتضح القصد منها، فان ظهر القصد منها وأنه ما كانت الالفرار من الزكاة فانها غير جائزة، وأخيرا قرر الشافعي - رضى الله عنه - ان نكاح التحليل ماهر الا ماهر ضرب من نكاح المتعة، لانه نكاح غير مطلق، اذ الشرط فيه ان ينكحها حتى تكون الاصابة، وهذه الاصابة قد تتقدم أو تتأخر، وهذا هو عين نكاح المتعة المحرم، واصل نكاح التحليل انه عقد عليها النكاح إلى أن يصيبها، فاذا اصابها فلانكاح له عليها، فمثله من ذلك مثل النكاح إلى وقت، معلوما كان أو مجهولا، وهذا النكاح مفسوخ لا يكون فيه ميراث بين الزوجين، ولا طلاق او غيره مما يكون أثرا من آثار النكاح الصحيح، وان لم يصحبها الزوج فلامهر لها، وان اصابها فلها مهر مثلها الا ماسمى لها، وعليها العدة، ولانفقة لها في العدة، وان كانت حاملا، وان نكحها بعد ذلك نكاحا صحيحا، فهي عنده على ثلاث.

وهكذا نجد أن مثل هذه الحيلة ترتب آثارها عند الشافعية دون غيرهم من الفقهاء لان الشافعية يرون ان العقد مادام قد انعقد صحيحا، مستوفيا اركانه وشروطه، خاليا من اى شرط ينافي مقتضاه، كان العقد صحيحا، مرتبا لآثاره، ولا عبء بالنية لانها حديث نفسى، ولا يمكن الاطلاع عليها غالبا، لدرجة انهم قالو: لو شترى حطباً مثلاً على دابة بشرط إيصاله منزله - لم يصح لانه بيع بشرط، وان اطلق صح العقد ولم يكلف إيصاله منزله، والحاصل ان كل شرط ينافي مقتضى العقد انما يطله، سواء وقع في صلبه أو بعده وقبل لزومه^(٣).

ومع ذلك فان هذا القصد للمحتال اذا ظهر بصورة أو أخرى فان الشافعية انفسهم يطلون عليه قصده، ولا يصححون تصرفه، ولا يرتبون عليه آثاره، ويمكن

(١) روضة الطالبين، ج ٣، ص ٤١٦، ٤١٧.

(٢) المغنى لابن قدامة، ج ٤، ص ١٩٣.

(٣) نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، ج ٢، ص ٥٨.

تنجيب هذا الخلاف بالقاعدة العامة التي ذكرناها سابقا من ان هذا التصرف -
جائز قضاء لاديانة - والله أعلم.

٤- من حلف ليضربن امرأته مائة، ولم يقل ضربا شديدا أو مؤلما فأتى بصورة
الحيلة فجمع مائة سوط وضربها بها ضربة واحدة هل يبر في يمينه أم لا؟.

لقد ذهب إلى جواز هذه الحيلة الحنفية والشافعية، واعتمد الاحناف في
جوازها على قصة أيوب - عليه السلام - وتوسعوا فيها لدرجة أنها أصبحت
أصلا من أصولهم^(١) ولذلك فانهم يقولون انه ان ضربها ضربة واحدة بمائة
سوط بر في يمينه ولا يحنث.

ووافقهم الشافعي في ذلك حيث قال: اذا حلف الرجل ليضربن عبده مائة
سوط، فجمعها فضربه بها، فان كان يحيط العلم انه اذا ضربه بهاماسته كلها فقد
وأن كان يحيط العلم انها لاتماسه كلها لم يبر، وان كان العلم مغيبا، قد تماسه
وقد لاتماسه، فضربه بها ضربة واحدة لم يحنث في الحكم ويحنث في الورع^(٢).

ولهذا فان لهذه الحيلة آثارها عند الحنفية والشافعية، وانه يجوز العمل
بمقتضاها في عصرنا اليوم، وقد روى ذلك عن مجاهد، وعطاء، قال القشيري:
قيل لعطاء هل يعمل بهذا اليوم، فقال: ما أنزل القرآن الا ليعمل به ويتبع^(٣).

لكن المالكية لم يجيزوا هذا النوع من الحيل، وقد نقل عن الامام مالك
قوله: من حلف ليضربن عبده مائة فجمعها، فضربه بها ضربة واحدة لم يبر،
وقال: ان ذلك منسوخ بشريعتنا، ووافقه في ذلك الحنابلة، باعتبار عمدة في
"ذلك قصة أيوب عليه السلام - وهي منسوخة بشريعتنا، فشرع من قبلنا شرع
لنا مالم يرد ما يخالفه، وقد ورد مخالفة ذلك بتشريع الرخص والكفارات، بالتالي
لا يصح العمل بها في شريعتنا، ومن ثم لانتج هذه الحيلة آثارها، وهوما رجحناه

(١) الفكر السامي في تاريخ الفقه الاسلامي، لمحمد بن الحسن الحبري العالي، ج ١، ص ٣٧٣.

(٢) الأم للشافعي، ج ٧، ص ٧٣.

(٣) راجع في ذلك الإمام القرطبي في الجامع لاحكام القرآن، ج ١٥، ص ٢١٣، ٢١٤، روح

المعاني للالموسي، ج ٢٣، ص ١٨٩

عند الكلام عن حكمها، فلا يبر الحالف - بمثل هذا - في يمينه بمثل هذا الصنيع^(١).

٥- اتفق الفقهاء على حرمة البيع بالنجش، إلا أنهم اختلفوا في الاثر المترتب على هذا البيع. فالشافعية يرون ان البيع صحيح، ولا خيار للمشتري فيه ان كان النجش عن غير مواطأة بيع الناجش والبائع، فان كان عن مواطأة فلا خيار له أيضا على الاصح، لتفريطه بعدم مراجعة أهل الخبرة وتأمله، وقيل له الخيار كالتدليس بالتصرية، ويجرى الوجهان أيضا فيما اذا قال البائع: اعطيت في هذه السلعة كذا فبان خلفه، ويفارق النجش التصرية في أن التصرية تغير في ذات المبيع، بخلاف النجش فانه خارج عنه، فالبيع مع النجش صحيح عند الشافعية وفي الخيار للمشتري وجهان ان تم البيع بمواطأة البائع والا فلا^(٢).

وأیضا فان هذا البيع جائز عند الحنفية الا انه مكروه، والمكروه عندهم مادون الفاسد، وليس المراد بكونه دون الفاسد في حكم المنع الشرعي، بل في عدم فساد العقد، والا فهذه كلها حرام لانعلم خلافا في الاثم.

وللحنابلة في بيع النجش وجهان: أحدهما ان الشراء صحيح، وثانيهما انه باطل، لان النهي يقتضي الفساد، وقد ذهب الامام مالك إلى القول بالثاني لان في ذلك تغريرا بالمشتري وخديعة له، وهذا منهي عنه، والنهي يقتضي الفساد، والاول هو الاصح، لان النهي عاد إلى غير العاقد، فلم يؤثر فيه، وللمشتري الخيار ان غبن غبنا يخرج عن العادة، سواء كان بمواطأة البائع، او لم يكن لانه غبن للتغريير بالعاقد فأثبت الخيار، ولو قال البائع: اعطيت بهذه السلعة كذا وكذا فاشتراها المشتري لذلك، فالبيع صحيح وله الخيار^(٣).

وهكذا اختلف الاثر في بيع النجش بين صحة هذا البيع وبطلانه، وانه بيع صحيح عند الحنفية والشافعية والحنابلة، باطل عند المالكية، كما اختلف الاثر أيضا بشأن الخيار للمشتري، فالحنابلة يجيزون الخيار، ويرون ضرورة اذا حدث غبن لم تجر العادة به، في حين يرى الشافعية ان لا خيار للمشتري لتفريطه وعدم

(١) راجع: القرطبي، المرجع السابق، اعلام الموقعين، ج ٣، ص ٢٠٩ وما بعدها.

(٢) روضة الطالبين ج ٣، ص ٤١٤، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج ٢، ص ٧٣

(٣) البحر الرائق لابن نجيم، ج ٦، ص ١٠٧.

يقضته. هذا كله بالرغم من اتفاق الفقهاء على حرمة حيلة التجسر وان فاعلها آثم عاص.

٦- كذلك اتفق الفقهاء على حرمة التصرة للحيوان، باعتبارها حيلة تدل على الغش والخديعة في البيوع، ومع ذلك وجد الاختلاف في ترتيب الآثار على هذا البيع، فالشافعية يرون ان البيع صحيح ايضا لأنه ثبت به الخيار للمشتري، وفي خياره وجهان: اصحهما انه على الفور، والثاني: يمتد إلى ثلاثة أيام، ولو عرف التصرية قبل ثلاثة أيام باقرار البائع أو بينته، فخياره على الفور على الوجه الاول، وعلى الثاني يمتد إلى ثلاثة أيام، وهل ابتدأها من العقد أو من التفريق، فيه وجهان، ولو عرف التصرية في آخر الثلاثة أو بعدها، فعلى الوجه الثاني: لا خيار، لامتناع مجاوزة الثلاثة، وعلى الاول: يثبت على الفور قطعاً، ولو اشترى عالماً بالتصرية، فله الخيار على الثاني لظاهر الحديث، لانصرفوا الابل ... الخ، ولا خيار له على الاول، كسائر العيوب^(١).

ويرى المالكية ان للمشتري الرد بالتصرية، لانه غرر فعلى، فان علم هذه التصرية فلا رد له، وان كبر الضرع دون تصرية، فظن المشتري كثرة اللبن فتحلف ظنه، فلارد له الاثلاثة شروط مجتمعة احدها: ان ينقص حلبها عما ظنه، ثانيها: ان يكون القصد منها اللبن لاغير، ثالثه: ان يكون شرائها في وقت كثرة اللبن كوقت الربيع أو قرب ولادتها، ولذلك فان مسائل الرد عند المالكية ثلاث: اولا: مسألة التصرية وفيها الرد. ثانيا: ان يظن كثرة لبنها عن معتاد مثلها، فلايردها الا بشروط الثلاثة السابقة، ثالثا: ان ينقص لبنها عن حلاب مثلها، فهذه يردها مطلقاً، ظن كثرة لبنها أو لم يظن، علمها مصره أو لم يعلم^(٢).

وذهب الحنابلة إلى أنه لايجوز بيع المصرة، فان باعها فالبيع صحيح، فان كانت من بهيمة الانعام، ولو يعلم المشتري، ثم علم فهو مخير بين ردها وامساكها لظاهر نص الحديث، ولان هذا تدليس بما يختلف به الثمن، فاشبه ما

(١) روضة الطالبين، وعمدة المفتين للإمام النووي، ج ٣، ص ٤٦٦، معنى المحتج الى معرفة معاني المنهاج، للإمام النووي، ج ٢، ص ٦٣ أنظر كذلك المادة ٧٩ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية، على مذهب الإمام الشافعي، السابق الإشارة اليها.

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٣، ص ١١٥، ١١٧.

لو سود شعر الجارية، فيثبت له الخيار، قال الحطاب: متى علم بالتصيرية فله الخيار، لانه علم سبب الرد، فحكمه كما لو علم العيب، وقال القاضي: لا يثبت له الخيار، الا عند انقضاء ثلاثة أيام، لان اللبن قد يختلف لاختلاف المكان وتغير العلف، فاذا مضت الثلاثة وبانت التصيرية، فله الخيار إلى تمام ثلاثة أيام من حين البيع^(١).

وبهذا يتضح آثار التصيرية وانه من التدليس الذى يثبت الخيار للمشتري فله الرد به، وله امساكه، وان رد به رد معها بدل لبنها.

٧- اتفق الفقهاء على ان كتمان عيب السلعة حرام، وانه من الغش المحرم شرعا وهو ما يعرف بالتدليس عن طريق الكتمان^(٢)، ومع اتفاق الفقهاء على حرمة، الا انهم اختلفوا فى الاثر المترتب عليه.

فيرى الشافعية ان من اشترى شيئا فوجده معيبا فله الرد، وليس معنى ذلك بطلان البيع، فالبيع صحيح، الا ان للمشتري الخيار، بين امساكه وبين رده ويشترط للرد به ايضا، ان يكون مما يفوت به غرض صحيح، فلا رد به كما فى حالة قطع أصبع زائدة، اذا لا يفوت به غرض صحيح غالبا^(٣).

والمذهب عند الملكية وجوب الرد بالعيب قليلا كان أو كثيرا، الا الدار فان عيها قد يزول بالاصلاح، وهم يرون أن العيوب قسمان: قسم يمكن التدليس به، وقسم لا يمكن التدليس به، والأخير انما يكون لاستواء البائع والمشتري فى العلم بالعيب أو الجهل به، ويجوز للبائع ان يشترط براءته من العيوب، وذلك بشرطين: أحدهما: أن لا يعلم البائع بالعيب، ثانيهما: ان يكون المبيع قد طال مدتة عنده، بحيث يغلب على الظن أنه لو كان به عيب لأظهره، وبالتالي فلا يجوز للمشتري الرد بالعيب مع اشتراط البراءة اذا توافر هذان الشرطان فان علم البائع بالعيب

(١) الكافي فى فقه الامام المجلد أحمد بن حنبل، ج ٢، ص ٨٠.

(٢) د. عبد الرازق السنهورى، مصادر الحق فى الفقه الإسلامى، المرجع السابق، ج ٢، ص ١٦٩، د.

عبد المجيد مطلوب، التدليس، بحث مقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى، دروس ملقاء

لطلاب دبلوم الشريعة الإسلامية بحقوق عين شمس ١٩٨٧، ص ٢٣-٢٦.

(٣) روضة الطالبين ج ٣، ص ٤٥٩، معنى المحتاج، ج ٢، ص ٥٠.

وكتنه، فإنه يكون من العيوب التي يمكن التدليس بها وهي على ثلاثة أنواع:
الأول: أن لا يحط من الثمن شيئا ليسارته، أو لأن المبيع لا ينفك عنه، لهذا
لاحكم له ولا يوجب الرد ولا أرض فيه.

الثاني: أن يحط من الثمن يسيرا، وهذا لا يخلو من أن يكون في الأصول أو
العروض، فإن كان في الأصول، فإنه لا يجب به الرد وإن كان المبيع قائما، وإنما
الواجب فيه الرجوع بقيمة العيب، كالصدع في حائط الدار. أما أن كان في
العروض فظاهر الروايات أن الرد يجب به كالكثير سواء بسواء، وقيل أنه كالأصول
لا يجب الرد به، وإنما فيه الرجوع بقيمته، وهذا هو رأي الإمام مالك فيمن ابتاع
ثوبا فإذا فيه خرق يسير يخرج في القطع ونحو ذلك من العيوب، حيث ذهب إلى
أنه لا يرد به، ويوضع عنه قدر العيب.

الثالث: أن يحط من الثمن كثيرا والواجب فيه الرد، وهل يقدر العيب
بالعرف والعادة أو هو دون الثلث، روايتن، والراجح في المذهب الرواية الثانية^(١).

وذهب الحنفية إلى أن البيع صحيح مع وجود العيب، إلا أن للمشتري أخذه
بكل الثمن، أو رده، لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة، فعند فواته
يتخير، كيلا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به، ومعنى ذلك أنه ليس له إمساكه وأخذ
النقصان، لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد، لأن البائع لم
يرض بزوال ملكه عنه بأقل من المسمى، فيتضرر به، ودفع الضرر عن المشتري
ممكن بالرد، حيث يرتفع به الضرر عنهما معا، وهذا يشمل العيب الموجود عند
العقد أو بعده وقبل لزومه - أي القبض - وأيضا يشمل العيب الفاحش واليسير،
ويجوز في المذهب رد للمعيب وأخذ مثله، وذلك فيما يقبل التجزئة، غير أن الجواز
في ذلك مجازفة.

ويشترط للعيب والرد به أن يكون العيب عند البائع، وأن لا يعلم به المشتري،
عند البيع، وعند القبض، وأن لا يتمكن من إزالته بلامشقة، فإن تمكن فلا رد، وأن

(١) حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ١١٤، ١١٩، ١٢٠، مقدمات ابن رشد، ج ٣، ص ٢٩٧.

لا يشترط البائع البراءة منه خصوصا أو من العيوب عموما، وأن لا يزول العيب قبل
الفسخ - فان زال ليس له الرد، مثل بياض العين اذا انجلى، والحمى اذا
زالت^(١).

كما ذهب الخابلة إلى صحة البيع مع العيب، الا ان للمشتري في هذه
الحالة الخيار بين الامساك والفسخ، سواء كان البائع يعلم بالعيب وكتبه أو لم
يعلم، لان مطلق البيع يقتضى السلامة من العيب، ولان الاصل السلامة، والعيب
حادث أو مخالف للظاهر، فعند الاطلاق يحمل عليها، فمتى فانت، فات بعض
مقتضى العقد فلم يلزمه أخذه، وله الرد وأخذ ثمنه كاملا^(٢)، وحكى عن ابي
بكر: ان البيع باطل، لان النهى يقتضى الفساد.

هذا اذا لم يعلم المشتري بالعيب، فان علم به فلا خيار له، لأنه بذل الثمن
فيه راضيا به عوضا، فأشبهه مالا عيب فيه، وان لم يعلم فله الخيار بين رده وأخذ
الثمن، أو امساكه وأخذ أرشه^(٣) لان الجزء الفاتت بالعيب يقابله جزء من الثمن.
وان تعيب المبيع عند المشتري فقيه روايتان: احدهما: له أرش العيب وليس له
رده، لان في رده ضرر، فلا يزال الضرر بالضرر، والثانية: يرده وأرش العيب الحادث
عنده، ويأخذ الثمن منقوصا منه قيمة الأرش، فان دلس البائع العيب فتعيب عند
المشتري، أو تلف بفعله، فالمنصوص انه يرجع بالثمن ولا شيء عليه لانه مدلس
عليه، والقياس يقتضى التسوية بين المدلس وغيره^(٤).

هذا كله ما لم يعلم المشتري بالعيب ورضى به، فان علم به وارتضاه، أو وجد
ما يدل على الرضا بعد الاطلاع عليه من قول أو فعل أو سكوت طال بلا عذر
فلا رد له قولا واحدا.

ويلاحظ أن الحيل التي تأخذ صورة الأقوال أو الأفعال انما ترتب آثارا خاصة
أيضا، فضلا عن الحيل التي سردناها، فالحيل القولية يشترط لثبوت أحكامها

(١) البحر الرائق لابن نجيم، ج ٦، ص ٣٨، ٣٩.

(٢) المغنى لابن قدامة، ج ٤، ص ١٥٩.

(٣) الأوش: هو الفرق بين الثمن الحقيقي والثمن الذي قبضه، الكافي ج ٢، ص ٨٤، ص المغنى،

ج ٤، ص ٤٧، هامش (١)

(٤) الاختيارات الفقهية لابن تيمية، ص ١٢٦، الكافي، ج ٢، ص ٨٤، ٨٥.

العقل، فضلا، عن القصد، كما يشترط ذلك فى الحيل الفعلية على نحو ماسبق
بيانه تفصيلا.

وهكذا اختلفت آثار الحيل الخاصة من حيلة إلى أخرى، كما ذكر ذلك
الفقهاء، ومن أراد الوقوف على كل آثار الحيل الخاصة، فما عليه الا أن يتتبع
كل حيلة، وما ذكر الفقهاء بشأنها، أو القياس على أمثالها عند انعدامها ليعلم
آثارها الخاصة بها، وما ذكرته انما كان على سبيل المثال ليس الا، توضيحا
وتلميحا وتمثيلا لانواع الحيل وأحكامها وآثارها الخاصة بها، والله الموفق والهادى
إلى سواء السبيل.
خلاصة ومقارنة:

من العرض السابق لآثار الحيل فى الفقه الاسلامى والقانون المدنى، يتضح أن
هذه الآثار انما رتب فى الغالب الأعم على القول بمشروعية الحيل منعدمه فيما
كان منه مشروعا ترتب عليه آثاره، وما كان غير مشروع لم يرتب عليه آثار.

فاذا تتبعنا آثار الحيل فى القانون المدنى، وجدنا ان الحيل الافتراضية - وهى
حيل مشروعة. فى ظل القانون - قد ترتب عليها آثارها التى قررها القانون،
فالشريك المتقاسم فى المال الشائع اعتبر كأنه يملك هذا المال الذى آل اليه
بالقسمة منذ لحظة الشروع، كما أن المنقولات المخصصة لخدمة عقار معين،
يسرى عليها أحكام العقارات، وغير ذلك من الآثار التى رتبها القانون، بالافتراض
الجديد. غير أن هذه النتائج المترتبة على القول بالحيلة الافتراضية، ان أمكن
الوصول إليها دون افتراض، فان ذلك يكون أفضل من اللجوء إلى الافتراض،
وهذا مادعانى لان ابحث فى حاجة العصر الحاضر إلى القول بوجود الحيلة
الافتراضية، أو أننا اصبحنا - فى ظل التقدم القانونى - فى غير حاجة إلى
الافتراض؟ وانتهيت من هذا البحث إلى أننا مازلنا - بالرغم من التقدم الفكرى
والقانونى - فى حاجة لمثل هذا الافتراض لكثرة المشاكل المتجددة، والاحداث
المتغيرة التى تحتاج إلى حلول سريعة، قد لا نجدها فى النصوص القائمة.

ومن ناحية أخرى وجدنا - فيما يتعلق بالحيل التدليسية - أن للمدلس عليه
أن يطلب ابطال العقد للتدليس سواء وقع عليه من الطرف الآخر معه فى العقد،
أو من غيره، طالما كان التدليس دافعا، على خلاف بين الفقهاء فى التدليس

الدافع الواقع من الغير، واقرحت أن يكون للمدلس عليه - اذا كان التدليس من الغير - الخيار في ابطال العقد، ولو لم يعلم المتعاقد معه بالتدليس الصادر من الغير - اذ علم المتعاقد الاخر بهذا التدليس شرط لتمسك المدلس عليه بحقه في طلب بطلان العقد - وفي هذه الحالة يكون للمتعاقد الاخر - الذى لا يعلم بالتدليس الصادر من الغير - أن يرجع على المدلس بالتعويض، اذا اصابه ضرر من جراء بطلان العقد الذى يتمسك به المدلس عليه.

خلاصة القول أن الفقه القانوني رتب على التدليس آثاره اذا ماتوافرت شروطه، وهذه الآثار تلتخص في تمسك المدلس عليه بحقه في طلب بطلان العقد فضلا عن التعويض ان كان له مقتضى. هذا اذا كان التدليس سببا، أى من شأنه إلحاق الضرر بالمدلس عليه، فان كان غير ذلك، كما في التدليس الخير المشروع، فلا يجوز للمدلس عليه ان يطلب بطلان العقد.

وأخيرا نجد أن القانون قد اعتد بالصورية ورتب عليها أحكامها، وجعل الأصل فيها المشروعية حتى يثبت خلاف ذلك، ومن ثم جعل العبرة بين المتعاقدين هو العقد الحقيقي، فهو العقد النافذ بينهم، وآثاره هي التي تسرى عليهم، في حين جعل العبرة بالنسبة للغير هو العقد الظاهر، استقرار للمعاملات، وجريا على الوضع الظاهر بالنسبة للآخرين، ولو أراد المشرع أن يقلل من اللجوء إلى الصورية لاعتد بهذا العقد الظاهر أيضا حتى فيما بين المتعاقدين، لانه في هذه الحالة سيجعل من يريد اللجوء إلى الصورية أن يفكر فيها مرارا وتكرارا قبل أن يرم عقدا صوريا، وذلك خوفا من أن يتمسك به من يتعاقد معه وفقا للوضع الظاهر، ولعل اعتداد المشرع بالعقد الظاهر، اذا اختلفت مصالح ذوو الشأن فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر، وتمسك الآخرون بالعقد المستتر، مايقوى هذا الرأي ويؤكد، ولذا طالبت بضرورة تدخل المشرع بأية وسيلة من أجل تقليل اللجوء إلى الصورية، لما لها من خطر كبير على استقرار التعامل بين الناس.

اذا كانت هذه هي مجمل الآثار التي رتبها القانون على القول بالحيل فان الفقه الاسلامي قد رتب ايضا آثارا هامة بالنسبة للحيل، حيث كان ولوج طريق

الحيلة فى حد ذاته دافعا إلى الجدل والمناقشة، مما عمل على إثراء الفقه الإسلامى، الذى أصبح يتحدث فى مجال جديد، من هنا كان أثر الحيل على وجه العموم.

يضاف إلى ذلك أن الفقهاء المسلمين تتبعوا الحيل، واحدة تلو أخرى وتكلموا عن الآثار التى ترتبها كل واحدة منها - على نحو ما ذكرت تفصيلا - فمثلا: يترتب على بيع العينة انتقال ملكية المبيع إلى المشتري وتملك المشتري الثمن عند القائلين به، بينما لا يترتب شيء من ذلك عند من يعتبره حيلة للحصول على الربا... وهكذا قالوا بالنسبة لنكاح التحليل وقرار المريض وغيره.

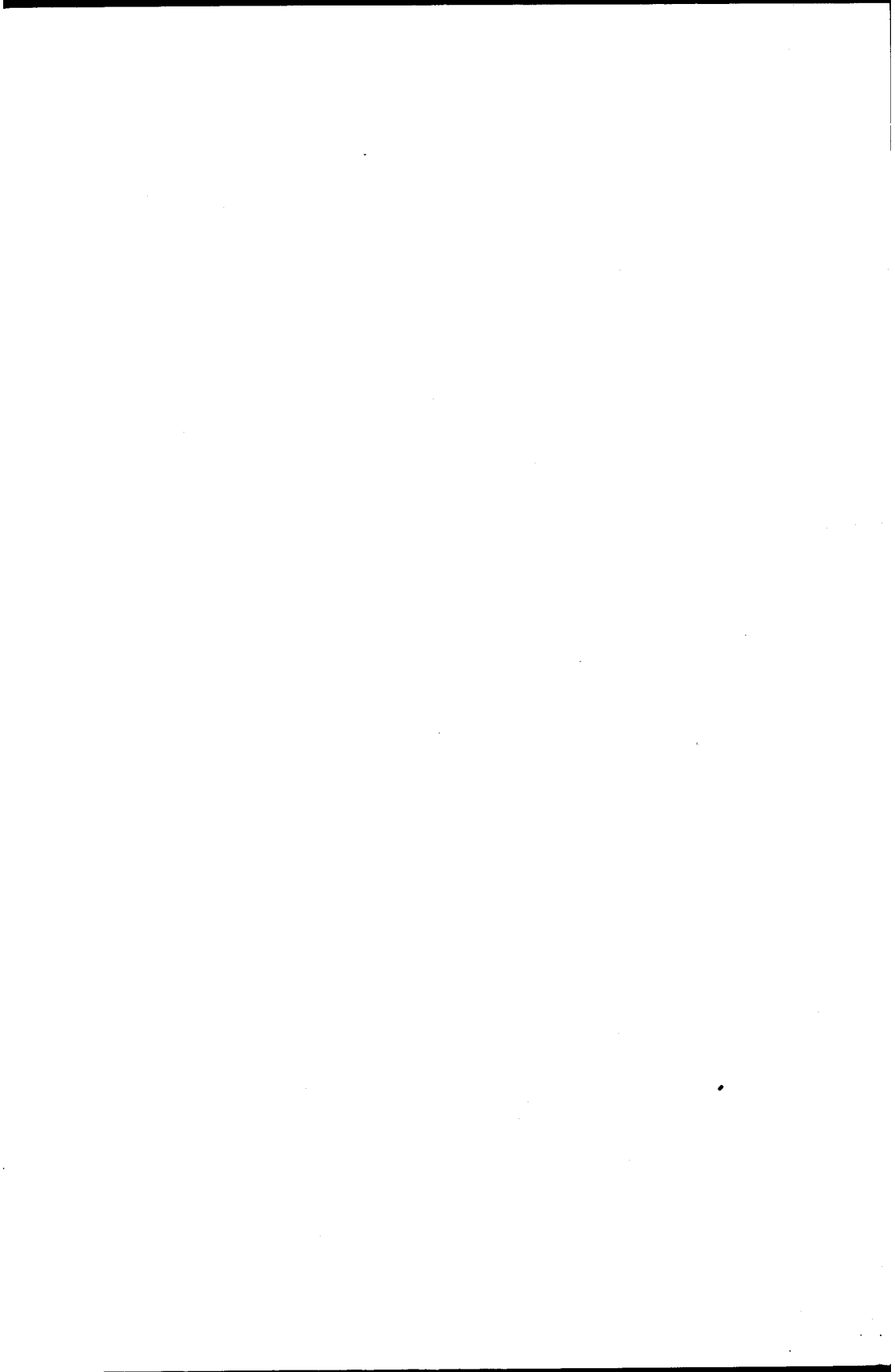
كما ذكر فقهاء المسلمين أن الحيلة للوصول إلى الحق جائزة، ومن ثم ترتب أحكامها، فمن وصل إلى حقه المجحود بالحيلة، كان له أخذه ولا إثم عليه فى ذلك كما فى مسألة الظفر بالتفصيل الذى ذكرناه فيه.

وأخيرا رتب فقهاء المسلمين على الحيل التغيرية بعض الآثار بالرغم من عدم مشروعيتها جملة وتفصيلا، وكان ترتيب بعض الآثار عليها إنما كان من قبيل التفصيل فى الحرمة، ومحاولة إرجاع الحق لصاحبه، متمثلا فى إعطاء المدلس عليه الخيار بين امضاء العقد وفسخه، وإن ترتب على فسخه ضرر بالمدلس عليه، كان له أن يطلب تعويض.

من هذا العرض يتضح أن القانون يتفق مع الفقه الإسلامى فى مسألة الحيل التدليسية، اتفاقا يكاد يكون تاما فى كل جزئية من جزئياته، بينما يختلفان فى بقية الآثار، خاصة وأن المرتب قانونا هو الصحة أو البطلان، فى حين نجد أن المرتب شرعا هو الحلال والحرام. والله أعلم.

﴿ وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

والحمد لله رب العالمين ﴾



١	مقدمة: موضوع البحث وأهميته
٩	تمهيد:
٩	أهمية دراسة تاريخ القانون
١٠	القانون الروماني أصل القوانين تاريخياً
١٢	أقسام القانون الروماني بالشكلية
١٧	القانون الروماني ومبدأ سلطان الإرادة
٢١	تطور العهد الروماني
٢٢	أساليب تطور القانون الروماني
٢٩	أثر الحيلة في تطور القانون الروماني
٣٢	رأينا في الأصل التاريخي للحيل
٣٧	الباب الأول: تعريف الحيلة في القانون المدني والفقه الإسلامي
	الفصل الأول: تعريف الحيلة في القانون المدني وتمييزها عما
٣٩	يشتهر بها
٤٠	المبحث الأول: تعريف الحيلة في القانون المدني
٥١	المطلب الأول: الحيل القانونية
٥٤	المطلب الثاني: الحيل التدليسية
٥٨	المطلب الثالث: الحيل بطريق الصورية
٦١	أوجه الإنفاق والاختلاف بين هذه المسميات
٦١	التعريف العام للحيلة في القانون المدني
٦٣	المبحث الثاني: تمييز الحيل عما يشتهر بها
٦٤	المطلب الأول: الافتراضات القانونية والقرائن القانونية
٦٦	العلاقة بين الحيل والقرائن القانونية
٦٩	المطلب الثاني: الافتراضات القانونية وعموم القاعدة وتجريدها

	المطلب الثالث: الحيل التدليسية والحيل المكونة لجريمة
٧٣	النصب.
٧٩	المطلب الرابع: الحيل التدليسية والغش
٨٤	المطلب الخامس: الحيل التدليسية والصورية
٨٦	المطلب السادس: الصورية والتحفظ الذهني
٨٨	المطلب السابع: الصورية والإنفاق الإضافي
	الفصل الثاني: تعريف الحيلة في الفقه الإسلامي وتمييزها عما
٩١	يشبه بها
٩٢	المبحث الأول: تعريف الحيلة في الفقه الإسلامي
٩٢	الحيلة في اللغة
٩٦	الحيلة في إصطلاح الفقهاء
١٠٧	التعريف المختار
١١٠	المبحث الثاني: تمييز الحيل عما يشبه بها
١١٢	المطلب الأول: تمييز الحيلة عما يشبه بها لغة
	المطلب الثاني: تمييز الحيلة عما يشبه بها إصطلاحاً
١١٥	وقتهاً
١١٦	الفرع الأول: الرخصة والحيلة
١٢٦	الفرع الثاني: الحيلة والتقية
١٢٨	الفرع الثالث: الحيل والذرائع
	الباب الثاني: أنواع الحيل ومدى مشروعيتها في القانون المدني
١٣٩	والفقه الإسلامي
١٤٠	الفصل الأول: أنواع الحيل في القانون المدني والفقه الإسلامي
١٤١	المبحث الأول: أنواع الحيل في القانون المدني
١٤٢	المطلب الأول: الحيل القانونية
١٥١	المطلب الثاني: الحيل التدليسية
١٥٢	أولاً - العنصر المادي للحيل التدليسية
١٥٣	أ - الحيل القولية

١٥٩	ب - الحيل الفعلية
١٦١	ج - الكتمان
١٦٧	ثانياً - العنصر المعنوي للحيل التدليسية
١٧٠	المطلب الثالث: الحيل بطريق الصورية
١٧٤	شروط تحقق الصورية
١٧٨	أنواع الصورية
١٨٣	المبحث الثاني: أنواع الحيل في الفقه الإسلامي
١٨٢	أولاً: الحيل بإعتار الحكم عليها
١٩٢	ثانياً: الحيل بإعتار وسائلها
١٩٦	العلاقة بين الحيل والمعارض
١٩٨	الحيل بالنظر إلى الوسيلة والغاية معاً
٢٠٣	الحيل بإعتار المجال الذي تكون فيه
٢٠٤	أ - التغير القولي
٢٠٥	ب - التغير الفعلي
٢٠٥	ج - التغير بالسكوت في موضع يقتضى البيان
٢٠٦	أوجه الاتفاق بين الفقه الإسلامي والقانون المدني
٢٠٧	أوجه الاختلاف بين الفقه الإسلامي والقانون المدني
	الفصل الثاني: مدى مشروعية الحيل في القانون المدني والفقه الإسلامي
٢١٥	المبحث الأول: مدى مشروعية الحيل في القانون المدني
٢١٦	تحديد معنى المشروعية
٢٢٢	المطلب الأول: مدى مشروعية الحيل القانونية
	الفرع الأول: دور الحيلة القانونية في القانون الروماني
٢٢٤	الفرع الثاني: دور الحيلة القانونية في العصر الحديث
٢٣٩	دور الحيلة القانونية في القانون المصري
٢٤١	١ - استخدام الحيلة في خلق قواعد قانونية جديدة
٢٤٤	

٢٤٥	٢ - إستخدام الحيلة فى توسيع نطاق تطبيق القواعد القائمة
٢٤٦	٣ - إستخدام الحيلة فى تبرير القواعد القائمة
٢٤٧	٤ - إستخدام الحيلة فى عنوان القائمة
٢٤٨	المطلب الثانى: مدى مشروعية الحيل التدليسية
٢٤٩	أولاً: الحيل القولية
٢٥٧	ثانياً: الحيل الفعلية
٢٥٩	ثالثاً: الحيل السلبية (الكتمان)
٢٦٦	المطلب الثالث : مدى مشروعية الحيل الصورية
٢٦٨	الفرع الأول: الصورية من حيث الوسيلة والغاية
٢٦٨	البند الأول: الوسيلة فى الصورية
٢٧٢	البند الثانى: الغاية من الصورية
٢٧٥	الفرع الثانى: مناقشة الصورية المشروعة
٢٧٩	الفرع الثالث: موقف المشرع المصرى من الصورية
٢٨٤	المبحث الثانى: مدى مشروعية الحيل فى الفقه الإسلامى
٢٨٩	المطلب الأول: الوسيلة المحرمة التى تفضى إلى الحرام قطعاً
٢٩٧	المطلب الثانى: الوسيلة المباحة المفضية إلى المباح وإلى الحرام
٣٠١	المطلب الثالث: الوسيلة المباحة التى تفضى إلى المباح فيتخذها لتحيل سلباً إلى الحرام بيع العينة
٣٠٥	آراء الفقهاء فى بيع العينة
٣١٨	رأينا فى بيع العينة
٣٢٠	المطلب الرابع: الوسيلة المشروعة التى تفضى حتماً إلى المشرع

٣٢٤	المطلب الخامس: الوسيلة المحرمة التي تفضى إلى المشروع
٣٢٩	رأينا في هذا النوع من الحيل
	المطلب السادس: الوسيلة المشروعة التي لا تفضى إلى
٣٣٤	المشروع إلا بخفاء
٣٤١	المطلب السابع: الحيل التفريرية (التدليسية)
٣٤٣	أولاً: التفرير بالقول
٣٤٦	ثانياً: التفرير بالفعل
٣٤٨	ثالثاً: التفرير عن طريق الكتمان
٣٥٣	إستخلاص ومقارنة
٣٥٧	الباب الثالث: آثار الحيل في القانون المدني والفقه الإسلامي
٣٥٨	الفصل الأول: آثار الحيل في القانون المدني
٣٥٩	المبحث الأول: آثار الحيل القانونية
٣٦٠	الأثر الرجعي للقسمة
٣٦٦	المبحث الثاني: آثار الحيل التدليسية
٣٦٦	المطلب الأول: التدليس في القانون الروماني
٣٧٧	المبحث الثالث: آثار الحيل الصورية
٣٨٠	أولاً: آثار الصورية بين المتعاقدين والخلف العام
٣٨٢	ثانياً: آثار الصورية بالنسبة للغير
٣٨٦	الفصل الثاني: آثار الحيل في الفقه الإسلامي
٣٨٧	المبحث الأول: الآثار العامة للحيل
٣٩٠	المبحث الثاني: الآثار الخاصة للحيل
٤٠٥	خلاصة ومقارنة
٤٠٩	الفهرست



٩٩ / ١٤١٨٤	إيداع محلى
I. S. B. N.	ترقيم دولى
977 - 328 - 004 - 7	

